Der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Ein Beitrag zur Lehre vom Besitzschutz.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den Thesen

mit Genehmigung

der Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

am

Dienstag, den 21. April 1903, mittags 12 1/2 Uhr

in der

Aula Leopoldina der Königl. Universität

gegen die Herren Opponenten

Referendar **Richard Sehmis**
Rechtskandidaten **Alexander Hoffmann**

öffentlich verteidigen wird

Ludwig Schwenk,
Referendar.

BRESLAU, 1903.
Druck von Ernst Neumann, Vorwerksstrasse 33.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0102

Dem Andenken

seiner heimgegangenen Mutter.

Der (possessorische) Rechtsschutz des mittelbaren Besitzes.

Ein Beitrag zur Lehre vom Besitzschutz.

Literatur.

1) **Bekker,** Der Besitz beweglicher Sachen in Iherings Jahrb. Bd. 34.
2) **Biermann,** Comm. z. BGB., Berlin 1903, 2. Aufl.
3) **Bruns,** Besitzklagen, Weimar 1874.
4) **Buhl,** Das Recht der beweglichen Sachen, Berlin 1901.
5) **Cosack,** Lehrb. des BGB., Jena 1899.
6) Denkschrift zum BGB.
7) **Dernburg,** Pand., 5. Aufl., Berlin 1900.
8) Derselbe, Lehrb. des preuss. Privatrechts, Halle 1894.
9) Derselbe, Das bürgerliche Recht, Halle 1901.
10) **Endemann,** Einf. in das Studium des BGB., Berlin 1900.
11) **Enneccerus Lehmann,** Das bürgerliche Recht, Marburg 1898.
12) Entwurf eines BGB.
13) **O. Fischer** in der deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1898.
14) Derselbe, Soll Kauf Pacht und Miete brechen? Berlin 1889.
15) Derselbe, Das Sachenrecht des Entwurfs eines BGB., 1896.
16) **Fischer-Henle,** Commentar z. BGB., 5. Aufl., München 1902.
17) **Gärtner,** Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuem deutschem Recht. Breslau 1902.
18) **Gierke,** Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, Jena 1897.
19) Derselbe, Gutachten in den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, 2. Bd. 1898.
20) **Kniep,** Der Besitz des BGB., Jena 1900.
21) **Lenel,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1898.
22) **Matthiass,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1898.
23) Protokolle zum BGB., 1. u. 2. Les.
24) **Oertmann,** Das Besitzrecht des Ehemanns am eingebrachten Gut der Frau in Iherings Jahrb., Bd. 44.
25) **Planck,** Comment. zum BGB., Berlin 1902.
26) **Regelsberger,** Ueber Besitzerwerb durch Mittelpersonen in Iherings Jahrb., Bd. 44.
27) **Strohal,** Der Sachbesitz nach dem BGB. in Iherings Jahrb., Bd. 38.
28) **Wendt,** Der mittelbare Besitz des Besitz des BGB. im Arch. f. die civ. Prax., Bd. 87.
29) Derselbe, Gutachten in den Verhandlungen des 24. Juristentages, 3. Bd. 1898
30) **Wolff,** Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich in Iherings Jahrb., Bd. 44.

Inhalts-Angabe.

I. Der possessorische Schutz des unmittelbaren Besitzers, § 1.

II. Der possessorische Schutz des mittelbaren Besitzers, § 2 f.

1) Der Begriff des mittelbaren Besitzers, § 2.

a) Die Theorie von Wendt, § 3.

aa) Die Besitzklagen.

bb) Das Selbsthilferecht.

b) Die Theorie von Gierke, § 4.

aa) Der possessorische Schutz des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer.

bb) Der possessorische Schutz des mittelbaren Besitzers gegen die mit Einwilligung des unmittelbaren Besitzers handelnden Dritte.

c) Der Schutz des mittelbaren Besitzers, § 5.

aa) Die Besitzklagen.

bb) Das Selbsthilferecht.

III. Der Abholungsanspruch des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers, § 6.

§ 1.

Einleitung.

Der possessorische Schutz des unmittelbaren Besitzes.

Zwei Wege kann der Besitzer einer Sache nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Schutze seines Besitzes beschreiten: den Weg der Selbsthilfe ohne Anrufung des Gerichtes und den der Besitzklagen, § 858, 861, 862 BGB.

Für die rechtmässige Anwendung der Selbsthilfe bestehen folgende Voraussetzungen:

1. Entziehung oder Störung des Besitzes durch einen Nichtbesitzer,
2. Widerrechtlichkeit der Entziehung oder Störung,
3. Entziehung oder Störung des Besitzes ohne Willen des Besitzers.

Sonach ist die Selbsthilfe, Selbstverteidigung und Selbsthilfe i. e. S. demjenigen Besitzer versagt, welcher einem anderen die Entziehung oder Störung seines Besitzes ausdrücklich erlaubt oder stillschweigend duldet. Dagegen ist sie jeglichem Besitzer, und nicht blos bei unbestrittenem Besitze gestattet, sofern die Entziehung oder Störung des Besitzes eine widerrechtliche ist, daher beispielsweise nicht bei erlaubter Notwehr § 227 f. 904, 962 BGB. und der landesgesetzlich geregelten Privatpfändung und Zwangsenteignung E.-G. Art. 89, 109 BGB. [1]) Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Eigenmächtigen ist nicht erforderlich [2]). Das moderamen inculpatae tutelae ist durch den Zweck gegeben: gewaltsame Abwehr des verbotenen Angriffs auf den Besitz, bezw. Wiedererlangung des entzogenen oder Sicherung eines ruhigen Besitzes. Aber sogar ein Putativbesitzer,

---

[1]) Gaertner, der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach röm. und neuem deutschem Recht. Breslau, 1901, S. 166.

[2]) Denkschrift S. 107.

wie man denjenigen bezeichnen könnte, welcher sich irrtümlich für den wahren Besitzer hält, würde sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er die Rechte des Entziehenden oder Störenden durch vermeinte Besitzverteidigung verletzte.

Bezüglich der Selbsthilfe i. e. S. unterscheiden Abs. 2 und 3 des § 859 dann weiter: Ist der Besitz einer beweglichen Sache (Abs. 2) oder eines Grundstücks (Abs. 3) dem Besitzer entzogen worden, so darf er im ersteren Falle die Sache dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen, im Falle der Entziehung eines Grundstückes sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wieder bemächtigen.

Auch in diesen beiden Fällen kommt es auf die bewusste Widerrechtlichkeit des Thäters nicht an. Der Verfolger erscheint berechtigt, die Verfolgung des Thäters selbst bis in dessen Behausung fortzusetzen, ohne dass er Gefahr liefe, in den Schlingen des Strafgesetzbuches hängen zu bleiben [1]). Der entsetzte Besitzer eines Grundstücks darf sich desselben jedoch nur »sofort« bemächtigen, d. i. nicht etwa wie sofort nach erlangter Kenntnis der Entziehung [2]) oder unverzüglich (§ 121 BGB.), sondern gleich oder binnen kurzer Frist [3]) nach seiner Entsetzung [4]).

Aber nicht nur gegen den Thäter selbst darf sich die Selbsthilfe des entsetzten Besitzers richten, sondern auch gegen Dritte, welche nach § 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen müssen, d. i. der Nachfolger im Besitze, und zwar sowohl der Erbe des Besitzers wie jeder andere Singularsuccessor, sofern er den Besitz durch derivativen Erwerbsgrund erlangt und die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe gekannt hat, § 858 Abs. 4, § 858 Abs. 2, z. B. der Hehler; mala fides superveniens hingegen macht den Besitz nicht fehlerhaft.

Das Selbsthilferecht des BGB. steht jedoch nicht nur dem Besitzer selbst, sondern auch, wir könnten im Hinblick auf das röm. Recht fast sagen: seinem unfreien Stellvertreter im Besitze,

---

[1]) Dernburg, a. a. O., S. 71 sub 3b; vergl. auch § 127 St.-P.-O.
[2]) Entw. I, § 815, Abs. 3.
[3]) Fischer-Henle, Com. z. BGB., Anmerk. 5 zu § 859.
[4]) Biermann, Com. z. BGB., 2. Aufl., Anmerk. 3b zu § 859.

dem »Besitzdiener« [1]) zu § 860 BGB. Doch ist dies nicht ein selbständiges Recht des Besitzdieners, sondern nur seine Ausübung soll ihm zur Unterstützung des Besitzers, z. B. für den Fall der Abwesenheit desselben eingeräumt werden, sodass es von ihm weder gegen den Willen des Besitzherrn, noch gar gegen diesen selbst — selbstredend aber jederzeit von diesem auch gegen den Besitzdiener — ausgeübt werden könnte.

Der selbständige Besitzer findet seinen Schutz aber auch vor Gericht; er kann gegen denjenigen, welcher ihn durch verbotene Eigenmacht den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, im Wege der Gerichtshilfe mittelst Klageerhebung vorgehen, § 861, 862 BGB., Besitzentziehungs- und Besitzstörungsklage.

Der Anspruch, welchen § 861 wegen Entziehung des Besitzes begründet, steht dem zu, der den Besitz durch die Entziehung verloren hat [2]); passiv legitimirt ist derjenige, der dem Kläger gegenüber z. Z. der Klageerhebung fehlerhaft besitzt, d. i. der Eigenmächtige selbst, oder die in § 858 Abs. 2 genannten Personen [3]). Der mit der Besitzklage geltend gemachte Anspruch geht seinem Endzweck entsprechend nur auf Wiedereinräumung des Besitzes.

Der possessorische Anspruch wegen Besitzstörung aus § 862 hingegen setzt gegenwärtigen Besitz und Klageerhebung voraus. Sache des Klägers ist es seinen gegenwärtigen Besitz zu beweisen; passiv legitimirt ist der Störer oder sein Auftraggeber, § 77 C.-P.-O [4]). Der Anspruch geht, wenn die Störung oder deren Wirkungen fortdauern, auf ihre Beseitigung, d. h. auf Wiederherstellung des vor dem störenden Eingriff bestehenden Zustandes auf Kosten des Störers; sind weitere Störungen zu besorgen, so geht der Anspruch auf Unterlassung.

Auch durch die Besitzstörung an sich wird kein Recht auf Schadenersatz begründet; wohl aber kann nach § 260 C.-P.-O. die Schadensersatzklage mit der Besitzklage verbunden werden, wenn die Voraussetzungen für die objektive Klagehäufung gegeben sind.

---

[1]) Bekker, Der Besitz bewegl. Sachen in Ih. Jahrb. Bd. 34, S. 21.
[2]) Gaertner, a. a. O., S. 127 ff.
[3]) Derselbe, S. 178 ff.
[4]) Fischer-Henle, a. a. O., Anmerk. 4 zu § 862.

Dem BGB. ist die römisch-rechtliche Doppelseitigkeit der Besitzstörungsklage unbekannt. Die Behauptung des Beklagten, selbst Besitzer zu sein, ist nur ein Leugnen des Klagegrundes; will der Beklagte die Verurteilung des Klägers herbeiführen, so muss er nach § 33 Widerklage erheben.

Dem BGB. ist auch das possessorium summariissimum, die Klage auf vorläufige Regelung des Besitzstandes, fremd geblieben, wohl aber kann eine solche Regelung im Wege der einstweiligen Verfügung nach Massgabe der §§ 935, 940 C.-P.-O. erfolgen, wenn man den Besitz als ein Rechtsverhältnis ansieht [1]). In gleichem Sinne wird man sich daher auch für die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu entscheiden haben (§ 256 C.-P.-O.), wenn es sich darum handelt, blos wörtlicher Besitzanmassung gegenüber die rechtliche Anerkennung des Besitzes zu verschaffen.

Alsdann wäre freilich auch eine Verbindung der Besitzfeststellungs- mit der Besitzstörungsklage statthaft, § 260 C.-P.-O.

Wie aber sowohl die Besitzentsetzungs- wie die Besitzstörungsklage die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches ausschliessen, so setzen sie beide andererseits eine Schuld des Beklagten nicht voraus; beide Ansprüche sind aber der exeptio vitiosae possessionis ausgesetzt, denn nach § 861 Abs. 2 und § 862 Abs. 2 ist der Anspruch wegen Entziehung oder Störung ausgeschlossen, wenn in ersterem Falle der entzogene Besitz den gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger fehlerhaft war, im Falle der Störung, wenn der klagende Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt. Die Einrede des fehlerhaften Besitzes ist aber in beiden Fällen einer Ausschlussfrist von einem Jahre unterworfen. Demnach gehört zur Geltendmachung dieser Einrede der Nachweis, dass der Besitz, auf den der Kläger seinen Anspruch gründet, dem Beklagten oder seinem Rechtsvorgänger entzogen war, ev. dass auf diesen Besitz die Voraussetzungen des § 858 Abs. 2 BGB. zutreffen, und dass jene Entziehung, welche das vitium des Besitzes geschaffen hat, im letzten Jahre vor der Entziehung bezw. Störung erfolgt ist.

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht S. 81.

Von Bedeutung sowohl für die Entsetzungs- wie die Besitzstörungsklage ist ferner der § 862 BGB. Nach dieser Bestimmung kann grundsätzlich weder der Kläger seinen Anspruch noch der Beklagte seine Besitzverteidigung darauf stützen, dass ihnen ein Recht zum Besitze oder zur Störung zusteht, im Besitzprozesse kommt nur die Thatsache des Besitzes in Betracht. Beide Ansprüche setzen zwar eine verbotene Eigenmacht voraus, doch braucht der Besitzer, da die Eigenmacht grundsätzlich verboten ist, nur die Thatsache der Störung oder Entziehung zu beweisen, während dem Gegner der Beweis obliegt, dass seine Eigenmacht nicht eine verbotene war. Nur hierfür kann er sich auf sein Recht zum Besitz oder zur Störung berufen; so steht dem Vermieter, welcher in Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts gewaltsam Sachen der Mieter in seinen Besitz bringt, gegen den Vorwurf der verbotenen Eigenmacht der § 559 BGB. zur Seite.

Hingegen bleibt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Anstellung der Klage aus dem Recht zum Besitz neben der Besitzklage zulässig. In Uebereinstimmung mit den Quellen [1]) hat dies der I. Entwurf des BGB. im § 823 Abs. 1 zum Ausdruck bringen wollen, doch mit Recht wurde der Satz von der 2. Commission, weil process- und materiellrechtlich unzweifelhaft, gestrichen.

Ist allerdings nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, und, wie wir hinzufügen können, nach Erhebung der Klage aus dem Besitze nach Massgabe der § 861, 862 festgestellt, dass dem Thäter ein petitorischer Anspruch an der Sache zusteht, also die Klage aus dem Recht zum Besitz vor der Klage aus dem Besitze rechtskräftig entschieden, so erlischt ein aus § 861, 62 begründeter Anspruch, gleichwie als wenn seine Geltendmachung durch Ablauf der für ihn gestellten einjährigen Ausschlussfrist ausgeschlossen wäre (§ 864 Abs. 1 und 2), nach dem Satze: petitorium absorbet possessorium. [2])

Nicht unerwähnt bleibe endlich, dass die Besitzklagen aus § 861/62 dem Besitzdiener nicht eingeräumt sind, wie sich aus § 860 ergiebt, der die Rechte des Besitzdieners erschöpfend regeln will.

[1]) l. 12, § 1D de acqu. vel amitt. poss. 41,2.

[2]) Gaertner, a. a. O., S. 184 ff.

Eine schwierigere Lösung bereitet hingegen die Frage: steht derselbe Rechtsschutz, Selbsthilfe und Gerichtshilfe, welchen der unmittelbare Besitzer geniesst, auch dem sog. mittelbaren Besitzer zu?

§ 2.

Der Begriff des mittelbaren Besitzes.

Die Bestimmungen des § 868 BGB., welche den Begriff des mittelbaren Besitzes in das bürgerliche Gesetzbuch einführt, lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Das Rechtsverhältnis, welches einen mittelbaren Besitz zur Entstehung bringt, kann ein dingliches oder auch nur obligatorisches sein. Auf diesem muss entweder die Berechtigung oder die Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zum zeitlich begrenzten Besitze einer Sache beruhen. Um eine Berechtigung handelt es sich bei den sog. »Nutzbesitzern«, wie dem Niessbraucher, Mieter, Entleiher, Pfandgläubiger, Zurückbehaltungsberechtigten, dem Ehemanne am eingebrachten Gut der Frau, sofern sie ihm den Besitz daran übertragen hat, [1]) des Vaters oder der Mutter am unfreien Kindesvermögen, um eine Verpflichtung in den meisten Fällen des sog. »Verwaltungsbesitzes«, z. B. bei dem nach §§ 1052, 1217 gerichtlich bestellten Verwalter, dem Verwahrer, dem nach § 808 C.-P.-O. pfändenden Gerichtsvollzieher, dem Sequester, dem Testaments-Vollstrecker, dem Konkursverwalter und dem Vormund [2]). Weder als Nutz- noch als Verwaltungsbesitz erweist sich der Besitz des Frachtführers, des Spediteurs, der Post, Eisenbahn, des Verkaufscommissionärs, Agenten, des Beauftragten, dem gewisse Sachen zur Ausführung des Auftrags überlassen worden sind, des Anwalts, Reisenden,

[1]) Oertmann, Das Besitzrecht des Ehemanns am eingebrachten Gut der Frau in Iherings Jahrb., Bd. 44 S. 207 ff, S. 214.

[2]) So Wendt im Archiv für die civ. Prax., Bd. 87 S. 61, ferner Dernburg, a. a. O., S 51, Planck, Comm. zum BGB. zu § 868. Hiergegen Strohal, in Iherings Jahrb., Bd. 38, S. 16.

Werkmeisters bezüglich des ihm zur Be- oder Verarbeitung gegebenen Stoffes. In allen Fällen entsteht nur eine Besitzberechtigung oder -Verpflichtung auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit. Mit Unrecht will daher Wendt [1]) den Eigentümer eines mit dem Erbbaurecht belasteten oder eines Erbpachtgrundstückes nicht als mittelbaren Besitzer anerkennen, da weder der Superficiar noch der Emphyteuta auf Zeit, sondern dauernd berechtigt seien. [2]) [3])

Der stets zeitlichen Beschränkung entspricht es, dass in allen Fällen mittelbaren Besitzes früher oder später eine Herausgabe oder Rückgabeanspruch des mittelbaren Besitzers zur Entstehung gelangt, nicht zu verwechseln mit der gegen jeden Dritten wirkenden rei vindikatio, sodass etwa hinter jedem unmittelbaren Besitzer der Eigentümer als mittelbarer Besitzer stünde. Hierbei handelt es sich vielmehr lediglich um einen obligatorischen Anspruch, dessen Entstehungsgrund ausschliesslich in dem Rechtsverhältnis zu suchen ist, welches der zeitlichen Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze zu Grunde liegt. Es hat keine Bedeutung, ob der Anspruch ein nicht fälliger ist, wie beim Niessbrauch, Pfandrecht, Erbpacht, Erbbauberechtigung, oder ob die causa, auf der die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache beruht, nicht eine objektiv rechtsgiltige ist; es genügt und ist erforderlich, dass der unmittelbare Besitzer, wie z. B. der Niessbraucher, anerkennt, für den mittelbaren Besitzer, den Niessbrauchsbesteller, zu besitzen. [4])

Von dem Besitzer überhaupt und dem mittelbaren Besitzer insbesondere ist der Besitzdiener zu scheiden, § 855 BGB. Bekker fasst diesen und den von ihm sog. »Besitzmittler« fälschlich zu einer Gruppe zusammen [5]). Dem ist entschieden entgegenzutreten; immerhin muss aber, wo von dem mittelbaren Besitze die Rede ist, das Institut der Besitzdienerschaft so gut als möglich umschrieben werden, weil die Frage, ob Besitz-

[1]) Wendt, a. a. O., S. 16.

[2]) Gaertner, a. a. O., S. 151 und dort Citierte.

[3]) Kniep, a. a. O., S. 16, hat mit Rücksicht darauf für den unmittelbaren Besitzer die Bezeichnung Dauerbesitzer und für den mittelbaren »Zeitbesitzer« vorgeschlagen.

[4]) Prot. z. 2. Les., Bd. 4 S. 608.

[5]) Bekker, a. a. O., S. 42.

dienerschaft, oder Besitzmittlerschaft im Verkehrsleben und für den Besitzschutz eine grosse Rolle spielt.

Besitzdiener ist, sagt das Gesetz, wer die thatsäche Gewalt über eine Sache für einen anderen ausübt, sei es

1. in dessen Haushalt,
2. Erwerbsgeschäft, oder
3. in einem ähnlichen Verhältnisse,

vermöge dessen er den auf die Sache sich beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat.

In allen diesen Fällen ist nur der Andere Besitzer [1]).

Was Besitzmittler und Besitzdiener offenbar gemeinsam haben, ist, dass sie beide der Besitzmittler wenigstens auch in den häufigsten Fällen — die thatsächlichste Gewalt für einen anderen ausüben, dass sie im Gegensatz zum Eigenbesitzer nur animo rem alteri habendi die Sache inne haben. Das ist auch der Grund, weshalb sie Bekker zu einer Gruppe zusammenfasst; und doch ist ihre rechtliche Stellung von einander erheblich verschieden. Der Besitzdiener ist überhaupt nicht Besitzer im technischen Sinne des Wortes, sondern nur der Andere, für den er besitzt; dessen Weisungen hat er Folge zu leisten, gleichsam als ein willenloses Werkzeug. Ihm gegenüber kann der Besitzherr jederzeit und an jedem Orte durch selbstthätiges Eingreifen seinem Willen Geltung verschaffen. Dem Besitzmittler hingegen hat das Gesetz eine selbständige Stellung eingeräumt; er braucht, soweit das Besitzverhältnis und nur dieses in Frage kommt, seinen Weisungen keine Folge zu leisten; ist er doch der wahre Besitzer, der Besitzdiener im juristischen Sinne des Wortes [2]). Etwas anderes ist es freilich, wenn man auf die causa, den Rechtsgrund, sieht, durch welchen der Besitzmittler den Besitz erlangt hat. Hiernach kann er sehr wohl irgend welchen Verpflichtungen auch in Bezug auf die ihm unterworfene Sache unterliegen. Der Vorschlag Bekkers [3]) aber, den nur als Besitzdiener anzusprechen, der den Weisungen Anderer sofort Folge zu leisten hat, macht den Unterschied auch nicht klarer; oder ist der Depositar oder Mandatar nicht

[1]) Bekker, a. a. O., S. 42 und Strohal, a. a. O., S. 11.
[2]) Fischer in der deutschen Juristen-Ztg., Jahrg. 1898, S. 367/368.
[3]) Bekker, a. a. O., S. 43.

eigentlich auch verpflichtet, den Weisungen des Deponenten oder Mandanten sofort Folge zu leisten? Als ein wesentliches Merkmal bleibt für die Besitzdienerschaft stets nur das Abhängigkeitsverhältnis des Inhabers der Sache inbetreff seines Gebahrens mit derselben von dem Besitzherrn, sodass, »wofern der Inhaber den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbsthandelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen« [1]). Belanglos ist freilich, welches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Besitzdiener und dem Besitzherrn besteht. Es kann ein dienstliches, freundschaftliches oder gar verwandtschaftliches sein; ja auch die Absicht, für einen anderen besitzen zu wollen, ist nicht immer notwendige Voraussetzung der Besitzdienerschaft. Dies lehren vor allem die Fälle der sogen. »momentanen Detention« [2]), wie die des commodati loci.

Doch das Leben giebt der Beispiele genug, bei denen es schwer zu sagen ist, ob wir es mit Besitzmittlerschaft, also mit wirklichem Besitz, oder blos mit Besitzdienerschaft, daher blos mit einem unselbständigen Detentionsverhältnis, zu thun haben. So neigt die eine Ansicht dahin, die Gepäckträger auf dem Bahnhof und die Dienstmänner nur als Besitzdiener zu betrachten, eine andere will ihnen wirklichen juristischen Besitz einräumen [3]). Eigener Besitz dieser Leute wird dann anzunehmen sein, wenn man sie in eigener persönlicher Begleitung hätte, wie auch z. B. den Fremdenführer oder den Bergführer, der uns den Weg weist und zugleich unseren Reisebeutel auf dem Rücken trägt. Nicht selten aber wird im täglichen Leben die Grenze zwischen Besitzdiener- und Besitzmittlerschaft schwer zu ziehen sein. Allgemeine und präcise Definitionen lassen sich nicht aufstellen; man wird daher, wie schon Bekker mit Recht bemerkt, die Beantwortung dieser Fragen im einzelnen ausstehen lassen dürfen, bis das Leben sie erfordert [4]).

Mittelbarer Besitz entsteht ferner in allen Fällen, in welchen Jemand die thatsächliche Gewalt nicht von dem Anderen, sondern als Mittelsperson für den Anderen erlangt so zwar dass der Er-

[1]) Strohal, a. a. O., Seite 9.
[2]) Gierke, Gutachten z. deutsch. Juristentage, Bd. 1 S. 30.
[3]) Bekker, a. a. O., S. 43 und Wendt, a. a. O., S. 67.
[4]) Bekker, a. a. O., S. 45.

werber unmittelbarer Besitzer, nicht blosser Besitzdiener wird, aber doch nur für den Anderen die Sache haben will und haben soll [1]). So erwirbt der Stellvertreter nur im Namen des Vertretenen und für diesen Besitz; da er aber nicht in einem Verhältnis zu ihm steht, vermöge dessen er seinen sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat, sondern selbständigen Besitz erwirbt, für den er vollen possessorischen Schutz in Anspruch nehmen darf, erwirbt der Vertretene durch ihn zunächst nur mittelbaren Besitz, daher ist auch der Erbe nur mittelbarer Besitzer der für ihn durch den Testamentsvollstrecker, der Handlungsinhaber der für ihn durch den Handlungsbevollmächtigten erworbenen Sachen [2]).

Auch durch constitutum possessorium kann nach § 930 BGB. mittelbar Besitz begründet werden.

Der Eigentümer, der bisher schon im unmittelbaren Besitze der Sache war, bleibt es weiterhin, da er aber durch den dinglichen Vertrag erklärt, für den anderen, also nur als »Fremdbesitzer« [3]) die Sache haben zu wollen, so wird der Andere mit dem Eigentumserwerb zugleich auch mittelbarer Besitzer. Es kann aber auch der nichtbesitzende Eigentümer seinen mittelbaren Besitz auf einen Anderen nach § 870 durch Abtretung des Herausgabeanspruches übertragen. Freilich braucht in einem solchen Falle der Cedent nicht immer der Eigentümer der Sache zu sein, sondern nur auf Grund seines eigenen mittelbaren Besitzes zur Herausforderung der Sache obligatorisch legitimirt, z. B. bei der Uebertragung des Besitzes durch Lager-, Ladeschein oder Connossement, insb. § 450 HGB.

Eine in der Literatur noch viel umstrittene Frage ist die über den mittelbaren Besitz des Verlierers einer gefundenen Sache und des Grundeigentümers bezüglich des Schatzfundes. Wendt [4]) trifft seine Entscheidung kurzweg auf Grund des § 866 BGB. Hiernach sei der Finder zur Verwahrung der Sache verpflichtet; es liege also ein Verhältnis vor, wie es der § 868 BGB. zur Begründung eines mittelbaren Besitzes vor-

[1]) Lenel, Stellvertret. u. Vollmacht n. Iherings Jahrb., Bd. 36 S. 42 ff.

[2]) Vgl. Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelpersonen in Iherings Jahrb., Bd. 44 S. 422 ff u. dort Citierte.

[3]) Dernburg, a. a. O., S. 46.

[4]) Wendt, a. a. O., S. 62.

schreibt. Gegen Wendts Annahme hat sich mit Recht die Mehrzahl der Schriftsteller entschieden, insbes. in überzeugender Weise Strohal [1]). Er hält den Besitz des Finders mit Recht für keinen mittelbaren Besitz des Verlierers, weil trotz § 966 BGB. der Besitz des Finders nicht ein ihm »anvertrauter, überlassener« sei. Von einem der in § 868 genannten »ähnlichen Verhältnisse« zwischen Finder und Verlierer kann keine Rede sein, wenn auch der Finder die Verwahrungspflicht hat. Denn weder ist die Klage des Verlierers gegen den Finder auf Herausgabe der Sache die actio depositi, sondern die dem Eigentümer zustehende rei vindicatio, § 972 BGB., noch ist die actio depositi contraria des § 693 mit den dem Finder aus den §§ 970/72 zustehenden Ansprüchen identisch und ihre Geltendmachung ist auch von jener wesentlich verschieden. Der gesamte § 966 will lediglich Bestimmungen darüber treffen, in welcher Weise der Finder einer Sache mit ihr umzugehen hat.

Der mittelbare Besitz kann sich nach Graden vervielfältigen, § 871 BGB.: »Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem ähnlichen Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.« Auf diese Weise kann eine endlose Reihe von mittelbaren Besitzverhältnissen entstehen; die Zahl ihrer Grade wächst mit ihren Entfernungen vom unmittelbaren Besitz, etwa: Leihe einer Sache mit nachfolgender Verpfändung seitens des Verlierers und darauf folgender Verwahrung für den Pfandgläubiger. Immer aber ist erforderlich ein nach § 868 »ähnliches Verhältnis«, wo daher die Reihe dieser Verhältnisse unterbrochen wird dadurch, dass ein solches ähnliches Verhältnis nicht zur Entstehung gelangt oder das vorhandene gelöst wird, hört auch der mittelbare Besitz der entfernteren mittelbaren Besitzer zu existiren auf.

Forschen wir nach dem Wesen des mittelbaren Besitzes, so werden wir vom römischen Recht fast vollständig absehen müssen. Die römische Jurisprudenz kannte keinen mittelbaren Besitz in unserem Sinne. Nur zu Gunsten des Verpfänders

[1]) Strohal, a. a. O., S. 22, ferner Fischer-Henle, a. a. O., Anmerk. 2 zu § 868, Planck, a. a. O., zu § 868, Gierke, Fahrnisbes., S. 7 Anmerk. 15, Biermann, a. a. O., S. 19, Enneccerus-Lehmann, BGB. 2. Bd. S. 14, Endemann, Lehrbuch des BGB. Bd. 2 § 32 S. 126, Gaertner, a. a. O., S. 147 ff u. dort Citierte.

einer Sache — und wie Einige annehmen, des Verleihers gegenüber dem Prekaristen — wurde fingirt, dass sein Besitz zur Fortsetzung begonnener Ersitzung noch fortbestehe“ [1]). Der Begriff des mittelbaren Besitzes hat seine Wurzel im deutschen Rechte [2]), wir finden ihn wieder in der sogen. ›lehnischen Gewere‹, ferner der Erbzins-, Leibzuchts-, der pfandlichen Gewere, der Gewere zu rechter Vormundschaft, ganz so wie er sich heute in dem Niessbrauchs-, Pfand-, Miets- oder Verwahrungsbesitz darstellt; es ist die ›ledigliche Gewere‹, welche durch ihren Inhaber die Gewere eines Oberherrn vermittelt [3]). Wir können daher auch heute noch den mittelbaren Besitzer am treffendsten als den »Oberbesitzer‹, den thatsächlichen Inhaber, der seinen Besitz von dem Oberbesitzer ableitet, als den ›Unterbesitzer‹ bezeichnen; denn der Ausdruck ›unmittelbarer Besitzer‹ lässt nicht erkennen, ob hinter demselben noch ein mittelbarer Besitzer steht [4]).

Der mittelbare Besitz kann endlich auch »Mitbesitz‹ gemäss § 868 BGB., z. B. der Mieter einer Wohnung überlässt einem Aftermieter einzelne Zimmer derselben — oder als »Teilbesitz‹ gemäss § 866 BGB. in die Erscheinung treten, z. B. wenn der Eigenbesitzer als Pfandschuldner mit dem Pfandgläubiger nach § 1206 BGB. die verpfändete Sache im gemeinsamen Besitz hat [5]).

§ 3.

Die Theorie von Wendt.

Wendts Lehre vom mittelbaren Besitz bezw. dessen possessorischem Schutze gipfelt in dem Satze:

„Der mittelbare Besitz ist in Wirklichkeit nicht das, für was das Wort ihn ausgiebt, ist kein Besitz, wie ihn andere Besitzer haben, sondern nur eine Fiktion, deren Kern ein subsidiäres Klagerecht ist, um verbotene Eigenmacht, welche gegen den wirklichen Besitzer verübt wurde, auch vom Standpunkt

---

[1]) Wendt, a. a. O., S. 151.
[2]) Gierke, Fahrnisbes. S. 8.
[3]) Ders., a. a. O., S. 6.
[4]) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 13 Bd. 2.
[5]) Gierke, Gutachten S. 35.

des Eigentümers aus noch mit possessorischer Klage verfolgen zu können. Darüber hinaus reicht dann die Bedeutung des mittelbaren Besitzes nicht.“ [1])

Was Wendt also vor allen Dingen leugnet, ist, dass der mittelbare Besitz nicht als ein wahrer Besitz anzusehen sei; er ist ihm blos eine vom Gesetz aufgestellte Fiktion, die nur zur Erreichung eines bestimmten Zieles erdacht worden ist: subsidiärer possessorischer Schutz des nichtbesitznden Eigentümers gegen verbotene Eigenmacht, die gegen den besitzenden Nichteigentümer verübt worden ist.

Wendt beruft sich vor allem auf die Denkschrift (S. 114); dort heisst es, »dass die Ausdehnung des Besitzschutzes auf den mittelbaren Besitzer seine Rechtfertigung in dem praktischen Bedürfnis finde, dass neben dem Besitzer auch »dem Andern«, welcher seine thatsächlichen Beziehungen zur Sache immerhin noch nicht aufgegeben habe, in einem »gewissen Umfange« Besitzschutz zugestanden werde. Die Gewährung der — jetzt in § 859 geregelten — Selbstschutzbefugnisse sei allerdings entbehrlich, da die allgemeinen Vorschriften der Selbstverteidigung und Selbsthilfe — jetzt der §§ 227 ff — dem mittelbaren Besitzer hinreichende Freiheit zur Wahrung seiner Rechte lassen. Ebensowenig bedürfe er der Besitzansprüche im Verhältnisse zu dem unmittelbaren Besitzer; gegen Uebergriffe des Letzteren biete ihm der Anspruch aus den zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnissen genügenden Schutz. Wohl aber müsse ihm gerichtlicher Schutz gegenüber Dritten zuteil werden. Da der mittelbare Besitzer vermöge des zwischen ihm und dem Besitzer bestehenden Verhältnisses nach dessen Beendigung die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen könne, habe er ein berechtigtes Interesse daran, dass dem Besitzer der ungestörte Fortbestand des Besitzes gesichert bleibe.“

In Uereinstimmung mit der Denkschrift bemüht sich nun Wendt darzuthun, dass dem mittleren Besitz keine andere Rechtsfolge zugegeben sei, als ihn ebenfalls zu Besitzklagen gegen Dritte zu legitimieren.

Vor allem wendet er sich dagegen, irgend etwas aus der Gesetzesfassung des § 868 herauszulesen, was mit der Absicht

[1]) Wendt, a. a. O., S. 49.

der gesetzgebenden Faktoren in Widerspruch stehe. Die Terminologie: „so ist auch der Andere Besitzer“ sei keineswegs in dem Sinne aufzunehmen, dass der Andere auch wirklich Besitzer sei. Das würde, so bemerkt er, zu schwierigen und an inneren Konflikten reichen Doppelbesitzverhältnissen führen, wie sie gewiss nicht für zweckmässig gehalten werden können. Der römische Satz: ubi ego sedeo, tu sedere non potes und die darin liegende Verwerfung einer possessio plurium in solidum behalte auch für das System des BGB. seine Geltung[1]). Für diese letztere Behauptung ist Wendt allerdings den Beweis schuldig geblieben; sein Bestreben ist freilich, die Schwierigkeiten, die das Gesetz mit der Aufstellung eines mittelbaren Besitzes geschaffen hat, durch möglichst einschränkende Auslegung aus dem Wege zu räumen, und dem mittelbaren Besitz nur soweit Besitzschutz zu gewähren, als es angeblich der § 869 bestimmt. Nach seiner Meinung sind die Rechtsfolgen, welche an den mittelbaren Besitz zu knüpfen sind, in § 869 ausschliessend und erschöpfend geregelt; und für diese seine restriktive Auslegung kann sich Wendt auch auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Absicht der Gesetzgebung berufen. Denn auch aus den Protokollen[2]) geht hervor, dass alle unternommenen Versuche, dem mittelbaren Besitzer einen möglichst weiten und umfassenden Besitzschutz einzuräumen, an den Beschlüssen der Mehrheit der Commissionsmitglieder gescheitert sind, die der Ansicht waren, dass zur Erhaltung des mittelbaren Besitzes die Besitzklagen gegen Dritte vollkommen ausreichend seien. Von vornherein möchten wir aber betonen: So sehr auch immer die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes und die Absicht der gesetzgebenden Faktoren bei Auslegung einer Gesetzesnorm zu beachten ist, so sind doch Fälle genug, in denen der Theoretiker wie der praktische Jurist zu einer von der Auffassung des Gesetzgebers abweichenden Interpretation einer Vorschrift gedrängt wird, weil die Anschauung des Gesetzgebers vor der theoretischen Lehre und den Bedürfnissen des praktischen Lebens keinen Bestand haben konnte. Wenn auch wir daher bei Erörterung der Frage nach dem jus possessionis des mittelbaren Besitzes nicht zu

[1]) Wendt, a. a. O., S. 43, 49.
[2]) Prot. Bd. III, S. 221.

demselben Resultat gelangen, auf das die Entstehungsgeschichte und die Absicht des Gesetzgebers eigentlich hinweist, so braucht deswegen unsere Ansicht nicht die irrige zu sein. Auch wir werden bei unseren Ausführungen besonders den Zweck des Besitzschutzes im allgemeinen wie Wesen und Art des mittelbaren Besitzes im Besonderen im Auge behalten müssen. Auch wird das aus den wirtschaftlichen und socialen Anschauungen herausgewachsene praktische Bedürfnis, dem doch vorzugsweise alle Rechtsvorschriften Rechnung tragen sollen, für unsere Auslegung eine ausschlaggebende Rolle spielen. Um das praktische Bedürfnis aber hat sich Wendt bei Aufstellung seiner Lehre vom mittelbaren Besitz und den damit verknüpften Rechtsfolgen recht wenig gekümmert.

„Fort mit dem Auchbesitzer", d. i. die Quintessenz seiner Lehre, der mittelbare Besitz ist kein Besitz, er ist eine Fiktion wie analog der Besitz des Pfandgebers, dem nach der Meinung der römischen Juristen nur fingierter Besitz zur Fortsetzung begonnener Ersitzung zugeschrieben werde, eine Fiktion, lediglich zu dem Zwecke ersonnen, damit auch er im höchsten Notfalle gegen dritte Personen nicht ganz schutzlos gestellt sei. Weise auf die Fiktion nicht schon das Wort von dem ›mittelbaren‹ Besitz, der eben nur als durch den unmittelbaren Besitzer vermittelt gedacht wird, in Wirklichkeit aber gar nicht besteht? [1]) Und welche unheilvollen Zustände, so prophezeit er, wären zu erwarten, würde der mittelbare Besitzer in der That ein wahrer, echter Besitzer sein! Man denke nur an das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum unmittelbaren Gewaltinhaber: occasio majoris tumultus! Man müsste denn meinen, dass im gegenseitigen Verhältnis zu einander auf den eigentlichen Besitzschutz ganz verzichtet wäre; und eben darin, so folgert Wendt schliesslich, liege auch die beste Rechtfertigung für die Beschränkung des mittelbaren Besitzes auf das, was ausdrücklich für ihn im § 869 angeordnet ist.

Hiergegen möchten wir sogleich einwenden, dass es der Besitznatur des Oberbesitzes keinen Abbruch thäte, wenn wirklich im Verhältnis des Oberbesitzers zum Unterbesitzer der eine auf seinen Besitzschutz verzichten müsste. Wir verweisen nur auf

[1]) Wendt, a. a. O., S. 44.

§ 866, der sich auf den Schutz mehrerer gemeinschaftlicher Besitzer einer Sache bezieht. Auch hier ist einem Jeden der Besitzschutz aus Notwendigkeits- und Zweckmässigkeitsrücksichten so weit entzogen, als es sich um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. So kann z. B. der Mieter einer Wohnung, an der er sich vertragsmässig den Mitbesitz gesichert hat, von seinem Besitzschutz soweit keinen Gebrauch machen, als er durch dessen Geltendmachung dem Mieter den Gebrauch der Sache beeinträchtigen würde. Und doch bleibt er ein verus possessor.

Was aber zunächst die Besitzklagen des Oberbesitzers aus § 869 angeht, so sind wir mit Wendt einverstanden, wenn er sagt, dass der mittelbare Besitzer nur dann wegen verbotener Eigenmacht zu klagen berechtigt ist, wenn die Voraussetzungen für die Besitzansprüche in der Person des unmittelbaren Besitzers erfüllt sind. Etwas Anderes ist auch nicht gut denkbar, denn bei den Besitzansprüchen aus § 861, 62 handelt es sich doch stets nur um die Frage, ob der Besitz des Inhabers, d. h. das ruhige Haben der Sache in der Hand des thatsächlichen Beherrschers von Seiten eines Dritten gefährdet, ob von einem Dritten ohne Willen des Inhabers auf die Sache selbst einzuwirken versucht worden ist sei es durch Störung des Besitzes, sei es durch Entziehung. Da aber die thatsächliche Herrschaft über die Sache, wenigstens nach aussen hin, nur von dem ausgeübt wird, der sie in seinen Händen hat, so kann auch nur diesem gegenüber verbotene Eigenmacht im eigentlichen Sinne geübt werden. Daraus folgt, dass das Einverständnis des unmittelbaren Besitzers mit der Einwirkung des Dritten auf die Sache die Handlung nicht als verbotene Eigenmacht erscheinen lässt. Doch muss aber auch wirklich eine Einwilligung des Besitzers zur Vornahme der Handlung des Turbulenten vorliegen. Unrichtig und mit dem Gesetze in Widerspruch ist die Behauptung Wendts, dass der Besitzer *wider* seinen Willen aus dem Besitze oder in demselben gestört sein muss [1]). Denn das Gesetz erklärt als verbotene Eigenmacht schon diejenige Einwirkung, durch welche dem Besitzer *ohne* seinen Willen der Besitz entzogen oder gestört wird; wider seinen

[1]) Wendt, a. a. O., S. 53.

Willen und ohne seinen Willen ist aber nicht gleichbedeutend. Denn wenn das Gesetz als Voraussetzung der Besitzklagen die Entziehung oder Störung des Besitzes wider den Willen des Besitzers verlangt hätte, so würde im Processe der Besitzer den lästigeren Beweis zu führen haben, dass die Entziehung oder Störung seinem Willen widersprochen und dass er diesem seinen entgegenstehenden Willen auf irgend eine Weise Ausdruck verliehen habe. Da aber die Besitzklagen nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift schon dann begründet sind, wenn der Besitz ohne den Willen des Besitzers gefährdet wird, so hat der Beklagte im Besitzstreite zu beweisen, dass die unrechtmässige Einwirkung nicht ohne den Willen, d. i. eben mit dem Willen des Besitzers geschehen ist. Daraus folgt, wie auch Wendt mit Recht bemerkt, [1]) dass alles, was mit Einwilligung oder unter Zulassung des Besitzers geschieht, nicht mit possessorischer Klage, auch nicht vom mittelbaren Besitzer verfolgt werden kann, eben weil unter der gegebenen Voraussetzung von verbotener Eigenmacht keine Rede ist; daher bleibt auch in solchem Falle der mittelbare Besitzer nur auf seine ev. petitorischen Ansprüche angewiesen. Es erscheint somit auch als verfehlt, mit Buhl [2]) einen Unterschied darin zu suchen, ob verbotene Eigenmacht gegen den Ober- und Unterbesitzer oder nur gegen einen von beiden verübt worden ist. Denn kann sich verbotene Eigenmacht nur immer gegen den unmittelbaren Besitzer richten und liegt gegen diesen der Thatbestand derselben nicht vor, so ist eben die Einwirkung des Dritten, sowohl dem unmittelbaren, wie auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber keine widerrechtliche. Wir werden noch im Folgenden nachzuweisen suchen, dass die von Buhl gewählten Beispiele [3]) gerade für die Richtigkeit unserer Ansicht sprechen, dass nämlich, so oft für den unmittelbaren Besitzer die Besitzklage zuständig geworden ist, auch der Oberbesitzer zu klagen berechtigt ist. Das Klagerecht des Letzteren möchte Wendt auf den Fall eingeschränkt sehen, dass der direkte Besitzer in Unthätigkeit verharrt und seinerseits nicht klagt, der Klageanspruch des Oberbesitzers also nur subsidiär geltend ge-

[1]) Wendt, a. a. O., S. 53.

[2]) Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. Berlin 1901. S. 41.

[2]) eod. loc.

macht werden könnte. In erster Reihe, so meint Wendt, könne ja der Oberbesitzer durch seinen Beitritt als Nebenintervenient seine Interessen in dem Besitzstreite des Unterbesitzers wirksam vertreten. Verfolge nicht auch die Nebenintervention, wie die Besitzklagen selbst, den Zweck, den Besitzer zu unterstützen und ihn im Besitze zu schützen? Wendt räumt aber selbst ein, dass in der That das Gesetz dem Oberbesitzer nicht ein subsidiäres, sondern ein selbständiges Klagerecht, neben dem des Unterbesitzers gewährt hat, dass weder dessen Thätigkeit noch Unthätigkeit die Klageerhebung des mittelbaren Besitzers hindern kann, und dass der Gegner sich auch auf den Besitzstreit des Oberbesitzers einlassen müsse, selbst wenn der Unterbesitzer bereits gegen ihn vorgegangen ist. Dass dem so ist und auch so sein soll, halten wir für durchaus erforderlich. Was Wendt besonders zu seiner restrictiven Auslegung des § 869 veranlasst, d. i. der Umstand, dass durch die ev. Anstellung der doppelten Besitzklagen des Ober- und Unterbesiters so zu sagen doppelte Arbeit und doppelte Kosten, aber im Endziel nur ein und derselbe Zweck erreicht werde. In beiden Processen, sagt er, müsste derselbe Processstoff zur Erörterung gelangen, beide Processe würden zu demselben Ergebnis führen: Beseitigung bezw. Unterlassung der Störung oder Wiedereinräumung des Besitzes. Und nur für den Fall, dass der bisherige Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, weiche der Klageantrag des mittelbaren Besitzers von dem des Oberbesitzers ab, denn alsdann kann der Kläger die Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst verlangen. Meistenteils würden daher, wenn beiden Besitzern die Klageerhebung verstattet wird, dem Gegner doppelte Processkosten zur Last fallen, obwohl die petita beider Processe darauf abzielen, dass er ein und demselben Anspruch genüge. Mit dieser Einwendung hat Wendt in der That einen wunden Punkt berührt. Aber wie wäre dem auch abzuhelfen? Schliesslich entspricht es doch dem Rechtsgefühl bei weitem mehr, dass der, der Unrecht thut, doppelte materielle Nachteile erleidet, als dass der, der Unrecht leidet, mit Rücksicht auf das materielle Interesse des Eigenmächtigen ev. ganz um die Verwirklichung seines Rechts kommt. Wer durch verbotene Eigenmacht in die Rechtssphäre zweier oder mehrerer Personen eingreift, muss sich eben gefallen lassen, dass er von den mehreren Ver-

letzten durch Klage verfolgt und in den verschiedenen Processen zur Tragung der Kosten verurteilt wird. Schliesslich liegt es ja auch in der Macht des Gerichts — und die Voraussetzungen sind, wenn Ober- und Unterbesitzer gleichzeitig Klage erheben, doch auch immer vorhanden — die Verbindung der beiden Processe gegen den Eigenmächtigen gemäss § 147 C.-P.-O. zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anzuordnen, da die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Processe bilden, im rechtlichen Zusammenhange stehen oder wenigstens nach Massgabe des § 60 C.-P.-O. in einer Klage hätten geltend gemacht werden können. Durch die dem Processgericht gegebene Möglichkeit der Processverbindung — und abgesehen vom forum prorogatum des § 38 C.-P.-O. dürfte es sich in praxi nur immer um ein zuständiges Gericht handeln — würde die von Wendt bemängelte Härte wenigstens ausgeglichen werden können. Wendts Lehre aber vertritt jedoch den bei weitem unbilligeren Standpunkt, den Oberbesitzer, wenigstens de lege ferenda — nur dann zur Klageerhebung zuzulassen, wenn der Besitzer selbst in Unthätigkeit verharrt, d. h. den Willen bekundet, den Besitz nicht wieder übernehmen zu wollen [1]). Wie aber, so fragen wir, soll der Oberbesitzer den Willen des Besitzmittlers erforschen? Soll er erst nach Verlauf einer bestimmten Frist die Klage erheben können, falls nicht der Besitzer selbst innerhalb derselben zur Klageerhebung geschritten ist? In welcher Weise soll dann diese Frist bestimmt werden? Und wie, wenn zwar der Oberbesitzer, nicht aber der Unterbesitzer, der gerade eine Weltreise unternommen, von der verbotenen Eigenmacht des Dritten Kenntnis erlangt? Von der Voraussetzung, dass der Besitzer nicht Klage erhebt, das Klagerecht des Oberbesitzers abhängig zu machen, ist zwar wohl möglich; dann muss man aber dieses Recht noch an weitere Voraussetzungen knüpfen, nämlich, dass der Besitzer durch ausdrückliche Erklärung oder conkludente Handlung zum Ausdruck bringt, nicht Klage erheben zu wollen, oder aber an den Ablauf einer Frist: dass jedoch hierdurch das Recht des Oberbesitzers gesicherter wäre, der meistenteils als Eigentümer der Sache an deren Erhaltung ein bedeutend höheres Interesse haben wird, als der Besitzer selbst, als wenn man ihm unbedingt das Recht

[1]) Wendt, a. a. O., S. 55.

einräumte, gegen den Eigenmächtigen neben dem Besitzer vorzugehen, wird niemand behaupten wollen. Dem Oberbesitzer das Klagerecht nur subsidiär zu gewähren, wenn der Besitzer selbst zu klagen unterlässt, das würde gerade der Auffassung der Gesetzgebung vom mittelbaren Besitz widersprechen, der ihm doch nur um deswillen ein unabhängiges Klagerecht einräumte, weil er ihn als Eigentümer der Sache in seinen noch thatsächlich vorhandenen Beziehungen zu ihr in einem gewissen Umfange, ebenso wie den Besitzer selbst, schützen zu müssen geglaubt hat. Deswegen hat das Gesetz auch schon darin die Verübung verbotener Eigenmacht erblickt, wenn von einem Dritten nicht blos wider, sondern schon ohne den Willen des Besitzers auf die Sache eingewirkt worden ist. Nur diese Voraussetzung kann zur Bedingung des Klagerechts des Oberbesitzers gemacht werden, deshalb, weil sie zugleich als die Voraussetzung für das Vorhandensein verbotener Eigenmacht statuiert worden ist. Und weiter! Wie soll sich der Besitzmittler die Ueberzeugung verschaffen, dass die verbotene Eigenmacht auch wirklich wider den Willen des Besitzers geübt worden ist? Dass sie ohne den Willen des Besitzers geschehen ist, diese Vermutung wird in den meisten Fällen schon durch die äusseren Umstände begründet sein. Denn am häufigsten dürfte das Klagerecht des Oberbesitzers dann seine praktische Anwendung finden, wenn der Besitzer einer Sache abwesend ist und in dessen Abwesenheit ein Dritter auf die Sache in irgend einer Weise einzuwirken versucht hat. Selbst wenn in einem solchen Falle der Besitzer, nehmen wir an aus Feindschaft gegen den Oberbesitzer, sich nachträglich mit der Handlung des Dritten einverstanden erklären würde, so würde doch die Besitzklage in der Person des Oberbesitzers schon begründet sein und im letzten Grunde eben das erreicht werden, was mit dem Rechtsschutz des Oberbesitzers bezweckt war: Erhaltung des Besitzes seiner Sache. Deswegen hat das Gesetz auch mit Recht dem mittelbaren Besitzer die Befugnis eingeräumt, dass er für den Fall der Besitzentziehung, sofern der bisherige Besitzer selbst den Besitz nicht mehr übernehmen kann, z. B. wegen Abwesenheit, oder nicht mehr übernehmen will, die Einräumung des Besitzes an sich selbst fordern kann. Der subsidiäre Besitzschutz, den Wendt dem Oberbesitzer gewähren möchte, ist so schwach,

dass man füglich auf ihn ganz verzichten und ihn gleich auf seinen ev. petitorischen Schutz verweisen könnte. Ich habe z. B. meinem Freunde A. eine mir selbst geliehene Violine, ein altes kostbares Instrument für einen von ihm veranstalteten Musikabend geliehen, und plötzlich erfahre ich, dass das Instrument sich in den Händen des B. befindet, der dasselbe mit Einwilligung des hierzu unbefugten Dienstmädchens des A. in seinen Besitz gebracht hat. Ich eile zu A., um ihn zur Rückgabe der Violine zu veranlassen, da höre ich, A. sei plötzlich verreist, man weiss weder wohin noch auf wie lange Zeit. Von der Entfernung der Violine des B. aus seiner Behausung ist ihm selbst nichts bekannt. Was soll ich nun zum Schutze der Erhaltung des Besitzes der Violine als mittelbarer Besitzer thun? Nach Wendt muss ich so lange warten, bis A. zurückgekehrt ist und sich schliesslich dahin erklärt hat, dass die Wegnahme der Violine seitens des B., auch wider seinen Willen war, er selber aber auf den weiteren Besitz verzichte. Was kann während dieser Zeit nicht alles mit der Sache geschehen sein? In welchen Händen kann sie sich bereits befinden? Wendt wird einsehen, dass kein Laie einen solchen Rechtszustand, wie er ihn wünscht, begreifen könnte. Darum meinen wir, muss dem Oberbesitzer einer Sache selbständig die Besitzklage neben dem Besitzer zustehen, und sei es um den Preis, dass der Turbulent doppelte Processkosten tragen müsste. Von zwei Uebeln kann nur das kleinere gewählt werden.

Somit kommen wir notwendig zu dem Ergebnis, dass dem Oberbesitzer selbständig neben dem Unterbesitzer das Recht der Besitzklage gegen Dritte einzuräumen ist.

Noch weit kürzer als mit den Besitzklagen verfährt Wendt mit dem Selbsthilferecht des Oberbesitzers. Von einem eigentlichen Selbstschutz, wie ihn der Besitzer nach § 859 hat, will er überhaupt nichts wissen. Und das ist nicht zu verwundern. Wenn man bedenkt, dass Wendt in dem mittelbaren Besitz nichts von Besitz, sondern nur eine Fiktion erblickt, die blos zu dem Zwecke geschaffen sei, um den mittelbaren Besitzer gewisse subsidiäre Rechte gewähren zu können, so ergiebt sich seine Behauptung über den Mangel seines Selbsthilferechts folgerichtig von selbst. Er begnügt sich damit, ihn auf die Befugnisse aus §§ 227 ff BGB. zu verweisen. Denn jedem Anderen

stehe auch dem Oberbesitzer einer Sache das Recht zu, einen rechtswidrigen gegenwärtigen Angriff von dem Besitzer abzuwehren. Auf den begründeten Einwand Bekkers [1]), dass die Selbsthilfebefugnisse, insbes. Absatz 2 und 3 des § 859 über den Begriff der Notwehr der §§ 227 ff hinausgehen und ein singuläres, auf den Besitzer zu beschränkendes Recht darstellen, entgegnet Wendt mit der irrigen Behauptung, dass „die Verbindung beider Paragraphen (sc. 227 mit 859) miteinander zu demselben Ergebnis führen, dass die Besitzverteidigung sich eben in diesen Grenzen halten dürfe, und dass nach §§ 227 ff nicht blos der Besitzer selbst, sondern auch andere für ihn jene Wiederentsetzung des Thäters oder Dejicienten vorzunehmen berechtigt sind“ [2]). Wendt beruft sich zur Unterstützung seiner Ausführungen auch in dieser Hinsicht wieder auf die Protokolle [3]). Nun sagen diese aber nur und das mit vollem Recht, der Besitzer dürfe sich bei Ausübung des Selbsthilferechts auch anderer Personen bedienen, denen die gleichen Rechte aus § 859 Abs. 2 und 3 zustehen; das ist freilich richtig, und unter diesen Personen kann sich zufällig sehr wohl auch der Oberbesitzer der Sache befinden. Hier aber handelt es sich hauptsächlich um die Frage, ob der Oberbesitzer das selbständige, von dem Willen des Unterbesitzers unabhängige Recht der Selbsthilfe gegen Dritte habe. Und diese Frage verneint Wendt. Nach seiner Meinung umfasse die allgemeine Berechtigung des mittelbaren Besitzers zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs auf den Besitz des possessor auch die Befugnisse aus § 859 Abs. 2 und 3, auch der Oberbesitzer brauche bei der Verfolgung des auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäters vor dessen Behausung nicht Halt zu machen, um die entzogene Sache in die Gewalt des Besitzers zurückzubringen. Hätte Wendt damit aber wirklich Recht, dass dem Oberbesitzer kein selbständiges Recht zur Selbsthilfe aus § 859 zustehe, dass er aber die gleichen Befugnisse aus §§ 227 ff ausüben könne, so hätte der ganze § 859 überhaupt aus dem Gesetzbuch gestrichen werden können. Und doch trifft dies nicht zu auf den § 859 Abs. 2 und 3. Diese dort gewährten Rechte gehen doch weit über die Selbsthilfebe-

[1]) Bekker, l. c., S. 12.
[2]) Wendt, l. c., S. 58.
[3]) Prot. S. 3736.

fugnisse der §§ 227 ff hinaus. Denn die nach § 859 Absatz 2 und 3 ausgeschlossene Widerrechtlichkeit der Handlungsweise des Besitzers ist nach § 229 nur dann nicht begangen, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und die Beweislast hierfür liegt wiederum dem Besitzer ob. Dass noch die andere Voraussetzung zum Notangriff nach § 229 erfüllt sein muss, dass auch die Verwirklichung des Anspruchs ohne sofortiges Eingreifen vereitelt oder wesentlich erschwert sein könnte, ist gleichfalls zu berücksichtigen. Gerade aber in diesen Ausführungen zeigt Wendt, dass er den mittelbaren Besitzer wenigstens soweit es das Recht der Selbsthilfe angeht, ebenso geschützt sehen möchte wie den Besitzer selbst. Nur will er ihm dieses Recht nicht aus § 859, sondern aus dem vermeintlich gleichbedeutenden § 227 ff. geben. Ein solcher Schutz aber wäre völlig unzureichend, weil seine Ausübung an die oben genannten Voraussetzungen geknüpft ist. Nur um nichts von seiner Fiktion des mittelbaren Besitzes preiszugeben, will Wendt dem Oberbesitzer nicht die selbsthilfebefugnisse des Unterbesitzers aus § 859, sondern aus § 227 ff. gewähren.

So zeigt sich gerade auch in diesem Punkte die Unhaltbarkeit der Wendt'schen Lehre: denn entweder gestatten die §§ 227 ff. dieselben Abwehr- und Verfolgungsrechte wie der § 859, und dann wäre der letztere überflüssig, oder aber § 859 statuiert, wie es auch der Fall ist, weitergehende Selbsthilferechte, die auch dem mittelbaren Besitzer notwendigerweise zuzusprechen sind, und dann kann der mittelbare Besitz nicht mehr als eine blosse Fiktion betrachtet werden, die gebildet sei, um ihm gewisse subsidiäre Klagerechte zu ermöglichen.

Soweit also die Theorie wie auch die Bedürfnisse des täglichen Lebens in Frage kommen, erscheint die Wendt'sche Lehre sowohl hinsichtlich einer ev. Subsidarität der Besitzklagen wie der Verneinung des Selbsthilferechts des Oberbesitzers aus § 859 unhaltbar.

Wendt hatte diese seine Ansicht über den Rechtsschutz des mittelbaren Besitzers in dem Gutachten wiederholt, das er auf dem 24. Juristentage über die Frage nach der Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den Oberbesitzer abgestattet hat [1]).

[1]) Verhandlungen des 24. Juristentages, 3. Bd. S. 5 ff., Berlin 1898 und S. 29 ff.

Obwohl auch einzelne Schriftsteller seiner Lehre gefolgt sind, [1]) so hat es auch nicht an denen gefehlt, die einen gerade streng entgegengesetzten Standpunkt angenommen haben. Insbesondere ist von nicht geringer Bedeutung die Theorie von Gierke über den Rechtsschutz des mittelbaren Besitzers, die er in seinem namhaften Werke »die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB.« [2]) aufgestellt hat. Auch Gierke hat seine dort ausgesprochene Ansicht auf dem 24. Juristentage als Correferent gegen Wendt nachdrücklichst und dort noch ausführlicher verteidigt [3]). Dieser Lehre hat sich insbes auch Fischer in seinem Commentar zum BGB. [4]) rückhaltlos angeschlossen.

§ 4.

Die Lehre von Gierke.

Während also Wendt dem Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes jede Besitznatur abspricht und ihn nur für eine zur Erreichung bestimmter Zwecke eigens erdachte Fiktion erklärt, ist die Grundauffassung Gierkes: der mittelbare Besitz sei wahrer, echter Besitz und »nicht blos ein Analogon des Besitzes, eine zur Erzielung bestimmter einzelner Rechtswirkungen ersonnenes Gebilde« [5]), dessen Anerkennung eine schlechthin unvermeidliche Folge der ausserordentlichen Ausdehnung war, die der Begriff des unmittelbaren Besitzes im BGB. gefunden hat. Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Vormund, überhaupt alle, auf Grund eines Rechtsverhältnisses auf Zeit zum selbständigen Besitz Berechtigte und Verpflichtete, sind heute als juristische Besitzer anerkannt

---

[1]) vgl. insbes. Cosack, Lehrb. des BGB., Jena 1899, § 190 u. 193 sub III; Planck, a. a. O., zu § 869; Dernburg, l. c. § 24 No. 7; Mathias, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. 2, § 5; Endemann, l. c. 2. Bd. § 32 sub 4; Biermann, Com. z. BGB. zu § 869 Anmerk. 2

[2]) Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB., Jena 1897.

[3]) Verhandlung. des 24. Juristentages, 3. Bd. S. 5 ff, Berlin 1898 u. S. 29 ff.

[4]) Fischer, Com. z. BGB. zu § 868 u. in der Deutsch. Juristen-Zeitung, Jahrg. 1898, No. 18/19, S. 367.

[5]) Gierke, a. a. O., S. 7, Anmerk. 15.

und geniessen als solche den vollen possessarischen Schutz [1]). Gegenüber dieser gewaltigen Ausdehnung des Besitzbegriffes auf alle früheren Detentoren war es unmöglich, allen denen den Besitzschutz zu versagen, welche bisher fast als alleinige Besitzer zu vollem Recht geschützt wurden, obwohl sie die thatsächliche Herrschaft nicht realiter ausübten, die aber dennoch wegen ihrer zur Sache bestehenden Herrschaftsbeziehung als die juristischen Besitzer angesehen worden waren. Daher griff man zur Schaffung eines ›mittelbaren‹ Besitzes, der, wenn auch dem röm. Recht fremd, doch auf Grundlage des deutschen Rechts, dem mehrfache Gewere an einer Sache nichts Ungewöhnliches war, zum Doppelbesitz an ein und derselben Sache führen musste. Der Besitz des Vermieters, Verpächters, Hinterlegers ist ein mittelbarer, weil die thatsächliche Herrschaft desselben über ihre, in den Händen des Mieters, Pächters, Verwahrers, befindlichen Sache nur durch die Inhaber vermittelt wird. Er ist aber ein wirklicher Besitz, der sich darin äussert, dass z. B. der Vermieter als Oberbesitzer das Bewusstsein seiner Herrschaft in der Sache fortbehält und auf Seiten des Mieters als des Unterbesitzers auch als Träger einer solchen Herrschaft vorgestellt und anerkannt wird. Mit Recht hebt Gierke hervor, ›dass der mittelbare Besitz nichts an seiner Realität verliere, weil er nur mit dem geistigen Auge und unter Zuhilfenahme der Lebenserfahrung und unter Würdigung der Rechtsverhältnisse gesehen werden könne‹. Denn ohnedies ist es ja überhaupt nicht möglich, nur auf Grund der blossen sinnlichen Wahrnehmung zu entscheiden, wer wirklicher Besitzer, und wer nur Besitzdiener ist, ja selbst die Innehabung lässt sich in vielen Fällen mit blossem Auge nicht erkennen. Man denke nur an Grundstücke, Wiesen, Aecker, die auf denselben stehenden Gerätschaften, wer wollte nur auf den Augenschein hin Auskunft geben können, in wessen Detention sie sich befinden? [2]) Und ist auch der Oberbesitzer von der Ausübung der thatsächlichen Einwirkung auf die Sache durch den Unterbesitzer ausgeschlossen, so kann er doch so lange auf Bethätigung seiner Herrschaft rechnen, als der regelmässige Verlauf der Dinge es erwarten lässt. Die frühere oder spätere Verwirklichung seiner

[1]) vergl. Gaertner, a. a. O., S. 151, 167.
[2]) Gierke, Gutachten § 33.

Sachherrschaft wird ihm vor allem durch den Anspruch auf Herausgabe gesichert, welcher durch das dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegende wirkliche oder putative Rechtsverhältnis zur Entstehung gelangt. Was Wendt vor allem verkennt und ihn zu seinen falschen Schlussfolgerungen über das jus possessionis des mittelbaren Besitzes verleitet, ist, wie Gierke mit Recht hervorhebt, die falsche Grundauffassung von der Art und dem Wesen des mittelbaren Besitzes. Wie er zu dieser Auffassung gelangt ist, lässt sich wohl erklären; er spricht es zwar nicht selbst aus, aber es lässt sich seinen Ausführungen entnehmen: ihm ist Besitz nicht eine Sachherrschaft im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Sinne, sondern anscheinend nur die Thatsache der Gewaltinnehabung. Da aber dem mittelbaren Besitzer diese Gewalt über die Sache ermangelt, so verlegt er irrtümlich den Kern des mittelbaren Besitzes in das zwischen dem Ober- und Unterbesitzer bestehende Rechtsverhältnis. Doch mit Unrecht! Denn wenn auch aus demselben der von dem mittelbaren Besitz nicht zu scheidende Herausgabeanspruch entspringt, so begründet er doch für sich allein noch immer nicht einen mittelbaren Besitz (vgl. oben § 2 S. 15). Der mittelbare Besitz geht auch in dem Herausgabeanspruch, d. h. in der zu erwartenden Möglichkeit der Erlangung thatsächlicher Sachherrschaft nicht auf. Dieselbe kann sich vielmehr in beschränkter Weise auch schon vorher bethätigen, durch die Möglichkeit mittelst Uebertragung des mittelbaren Besitzes über die Sache zu verfügen, (§§ 931, 934, 936, 1032, 1205 BGB.), ja er kann auch dem Unterbesitzer solche Einwirkungen auf die Sache versagen, durch welche die Besorgnis einer Verletzung seiner Rechte begründet wird (§§ 1051—1054, 1217, 550 BGB.) [1]). Ist aber der mittelbare Besitz wahrer Besitz, d. h. ein die Sache selbst ergreifendes, wenn auch blos rechtliches Machtverhältnis, so sind auch alle Vorschriften, wie wenigstens Gierke weiter folgert, welche das Gesetz über den Besitz im allgemeinen gegeben hat, auch für den mittelbaren Besitz zu beziehen, soweit nicht das Gesetz selbst für diesen wieder besondere Ausnahmebestimmungen getroffen hat. Gierke kann sich im Allgemeinen für diese Richtigkeit seiner Lehre auf den Wortlaut des Gesetzes selbst berufen: Dasselbe sagt nicht, wie es nach Wendt heissen müsste, der

[1]) Gierke, Gutachten S. 34.

mittelbare Besitzer gelte auch als Besitzer, sondern: so ist auch der Andere Besitzer. Das beweise, dass auch die Gesetzgebung bei der Aufstellung des Rechtsinstitus eines mittelbaren Besitzes am allerwenigsten an eine Fiktion dachte. Vielmehr sei im Sinne Bekkers und in Uebereinstimmung mit der Gesetzesterminologie der mittelbare Besitzer auch ein »Auchbesitzer« in das Gesetzbuch eingeführt. Andere Anschauungen, die bei der Beratung des Gesetzes wirklich laut geworden, haben im Gesetz selbst keinen Platz gefunden und seien daher bedeutungslos. Soweit aber für den mittelbaren Besitz Sondervorschriften bestehen, so waren sie durch dessen Eigenart geboten. Bezüglich des Rechtserwerbes, wie der vollen Rechtsausübung, stehe der mittelbare Besitz wesentlich in keiner Weise hinter dem unmittelbaren zurück«. [1])

Insoweit möchten wir der Lehre Gierkes über Art und Wesen des mittelbaren Besitzes ohne weiteres zustimmen. Richtiger und natürlicher aber wäre es, nicht wie Gierke und Bekker den Oberbesitzer als »Auchbesitzer«, [2]) sondern vielmehr als »Nochbesitzer« [3]) zu bezeichnen. Schon diese äussere Kennzeichnung weist viel deutlicher auf die rechtliche Stellung des mittelbaren Besitzes und den Umfang seiner Rechtsfolgen hin. Der Eigentümer, der bisher alleiniger Besitzer der vermieteten Wohnung gewesen, überträgt durch das Rechtsverhältnis der Miete den unmittelbaren Besitz auf den Mieter. Nun tritt nicht der Mieter als unmittelbarer Besitzer neben den Eigentümer, der bisher Besitzer war und »Auchbesitzer« bleibt, sondern der Eigentümer ist infolge der Uebertragung des mittelbaren Besitzes nur insoweit ein »Nochbesitzer« und geniesst insoweit noch die Rechte eines Besitzers, als es sich mit dem Rechte des unmittelbar besitzenden Mieters verträgt.

Dieses Moment ist es auch, das Gierke u. a. u. E. verkennen und wodurch sie zu weitgehenden Schlussfolgerungen des jus possessionis des Oberbesitzes verleitet werden. Während Wendt die Rechte des mittelbaren Besitzers mit Unrecht zu

[1]) Strohal, Der Sachbesitz, S. 40, 42.
[2]) Fischer in der deutschen Juristen-Ztg., l. c.
[3]) Endemann, Einf. ins BGB., § 32 Anmerk. 2, S. 125.

verkümmern sucht, wollen Gierke und die Uebrigen ihm unumschränkt alle Rechte eines Besitzers einräumen. Allerdings ist auch Gierke darin beizustimmen, wenn er in dem § 869 eine für den mittelbaren Besitz getroffene Sondervorschrift erblickt, die die Gesetzgebung deswegen hat schaffen müssen, weil hierdurch die konkurrierenden Besitzansprüche des Ober- und Unterbesitzers geregelt werden mussten. Des Weiteren erklärt es Gierke aber für unbillig, den mittelbaren Besitzer nur irgendwie in seinem Besitzschutz schlechter zu stellen, als den unmittelbaren Besitzer. Das müssen wir ihm jedoch bestreiten. Es geht nicht an, den Oberbesitzer und Unterbesitzer im Verhältnis zu einander gleich zu behandeln. Hiergegen sprechen die verschiedensten Momente: die selbständige und stärkere Stellung des unmittelbaren Besitzers, die Verkehrsbedürfnisse, die modernen socialen Anschauungen, endlich auch der Zweck des Besitzschutzes im Allgemeinen. Was die rechtliche Stellung des Unterbesitzers und des Mieters, Pächters, Verwahrers, Niessbrauchers u. s. w. betrifft, so entspricht es sowohl der gesamten geschichtlichen Entwickelung des Besitzbegriffes, wie dem unseres Gesetzes selbst, den selbständigen Inhaber der thatsächlichen Gewalt über eine Sache als freien, unumschränkten Besitzer zu betrachten, in dessen Rechtssphäre niemand einzugreifen befugt ist. Welche Wandlungen hat der Besitzschutz in der Geschichte grade hinsichtlich des zu Schützenden durchgemacht! Während der Mieter und Pächter einer Sache in ihrem ruhigen Haben nach römischen Rechte noch völlig schutzlos waren, hat das kanonisch-gemeine Recht bereits den sog. „Detentoren im eigenen Interesse“ den vollen Besitzschutz eingeräumt. Die modernen Rechte gingen darin noch weiter. Es bedurfte daher eines Rechtsschutzes des hinter dem Detentor stehenden Eigentümers der Sache. So stellte das Allgemeine Landrecht neben den „unvollständigen Besitz“ des Mieters, Pächters den „vollständigen Besitz“ des Eigentümers und das BGB. stellte wiederum neben dem „vollständigen unmittelbaren Besitz“ des Mieters, Pächters den „unvollständigen mittelbaren Besitz“ des Eigentümers. Wäre dem wirklich so, wie Gierke behauptet, dass dem mittelbaren Besitzer der volle Besitzschutz auch gegen den Unterbesitzer zustünde, so wären wir wieder, wie Wendt bemerkt, zu den anscheinend verlassenen Bahnen des römischen Rechts zurück-

gekehrt [1]). Das ist aber keineswegs der Fall. Jeder selbstständige unmittelbare Besitzer soll nach dem Willen und den Bestimmungen unseres heutigen Gesetzes durchaus selbständig in seinen Besitzrechten sein, er hat das Recht der Selbsthilfe wie Gerichtshilfe gegen jedermann, sei es gegen Dritte oder den mittelbaren Besitzer. Sein Besitz soll ruhig und unverletzt bleiben und den Eingriffen Niemandes unterliegen. Das verlangen auch die Bedürfnisse des praktischen Lebens. Wozu würde es führen, wenn die Kaufleute, Fabrikherrn in ihren gemieteten Geschäftsräumen, die Besitzer gepachteter Landgüter Akte der Selbsthilfe seitens der mittelbaren Besitzer, der Vermieter u. s. w. zu fürchten hätten? Welche Unruhe und Unsicherheit würde in das gesamte gewerbliche Leben getragen werden, wenn der Vermieter oder Verpächter oder der Besteller eines Werkes in wirklicher oder vermeintlicher Selbsthilfe in die Rechtssphäre des Unterbesitzers eingreifen könnte? Es fragt sich zwar, muss sich der Mieter notwendige Veränderungen an den gemieteten Räumen gefallen lassen, und falls er dem Begehren des Vermieters Widerstand leistet, kann dieser dann mit Gewalt gegen ihn vorgehen? U. E. nicht! Denn wenn sich wirklich die Vornahme einer Reparatur an einer vermieteten, verpachteten Sache notwendig macht, ist nicht der Mieter, der Pächter, der Entleiher schon auf Grund des bestehenden obligatorischen Verhältnisses verpflichtet, die Vornahme der Reparatur zu dulden? Wenn es schon dem Mieter z. B. gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, dem Vermieter ein im Laufe der Miete entstandenen Mangel der vermieteten Sache anzuzeigen, falls er nicht schadensersatzpflichtig werden will, um wieviel mehr erscheint er verpflichtet, schon auf Grund des Mietsvertrages die Ausbesserung eines Mangels zu dulden! Ueberdies kann der Vermieter ohne Einhaltung einer gesetzlichen Kündigungsfrist das Mietsverhältnis lösen, wenn der Mieter die Rechte des Vermieters in erheblichem Masse verletzt. Hierhin gehört sowohl das Recht des Vermieters auf Vornahme einer Reparatur, Besichtigung behufs Wiedervermietung, oder, wenn er ungeachtet einer Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, so ein Mietshaus zum Bordell macht oder ein edles Reitpferd als

[1]) Wendt, a. a. O., S. 42.

Karrengaul verwendet [1]), oder aber die Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet, §§ 545, 553. Das Gleiche gilt für die Pacht, § 581, für die Leihe, §§ 603, 605, Niessbrauch § 1051 ff., Pfandrecht § 1217. Schon die obligatorischen Bestimmungen reichen daher aus, um zu verhindern, dass eine verliehene oder vermietete Sache nicht verwüstet werde, dass das zum Niessbrauch besessene Landgut nicht der Versumpfung entgegengeführt werde. Obstbäume auf dem Pachtgute nicht umgehauen, das Mietshaus nicht niedergerissen werde [1]). Selbst wenn dem Oberbesitzer nicht blos die persönlichen, sondern auch die dingliche Klagen des Besitzrechts eingeräumt werden würden, so würde auch dieser auf doppelter Basis sich bewegende Schutz sich manchmal, wie Bekker [2]) mit Recht bemerkt, ungenügend erweisen. U. E. ist der Hinterleger schon obligatorisch genügend geschützt, wenn er berechtigt ist, die von dem ungetreuen Verwahrer an Frau und Töchter zum Tragen gegebenen oder an liederliche Dirnen vermieteten Perlenschnüre und Juwelen mittelst der obligatorischen actio in rem scripta wieder in seinen Besitz zurückzubringen, §§ 553, 549, 556, 695 BGB. (allerdings ist er zur Beschleunigung der Verwirklichung seiner Ansprüche wohl auf die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gemäss §§ 935, 940 C.-P.-O. angewiesen). Es lag auch keineswegs in der Absicht der Gesetzgebung, dem Oberbesitzer einen doppelten Schutz zu gewähren, zumal der Weg der persönlichen Klagen keineswegs weitläufiger ist, als der der Besitzklagen. Handelt es sich um eine blosse Störung des mittelbaren Besitzes, so kann z. B. der Vermieter bei dauernder Fortsetzung der Störung ohne Rücksicht auf seinen Besitz schon nach § 550 auf Unterlassung klagen. Wenn nun aber Gierke weiter ausführt, der Oberbesitzer könne durch Anmassung des Eigenbesitzes seitens des Unterbesitzers seines mittelbaren Besitzes entsetzt werden, es müsse ihm daher die Besitzklage auf Wiedereinräumung seines mittelbaren Besitzes verstattet sein, so kann auch das nicht unwidersprochen bleiben [3]). Wenn der Mieter, der Pächter, der

[1]) Gierke, Gutachten S. 37.
[2]) Bekker, a. a. O., S. 70.
[3]) Gierke, Gutachten S. 71.

Verwahrer, der Niessbraucher, der Pfandgläubiger u. s. w. nur durch wörtliche Anmassung Eigenbesitz behaupten, so leugnen sie damit zunächst weniger das Bestehen des mittelbaren Besitzes des Oberbesitzers als die Existenz des zwischen ihnen vorhandenen Rechtsverhältnisses. In solchem Falle erscheint es widersinnig, auf Einräumung des mittelbaren Besitzes zu klagen, und im Besitzprocesse den Nachweis über das Bestehen des Rechtsverhältnisses zu führen, sondern es muss vielmehr „auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses" der Miete, Pacht, Leihe, Niessbrauchs, Verwahrung etc. geklagt werden. Aus der Feststellung derselben ergiebt sich der mittelbare Besitz der Oberbesitzer von selbst. Behauptet aber der Unterbesitzer nach Ablauf der für das Rechtsverhältnis bestimmten Zeit Eigenbesitz, so kann u. E. der Vermieter u. s. w. nicht mehr auf Grund seines bisherigen „mittelbaren Besitzes" auf Einräumung des „unmittelbaren" Besitzes klagen. Denn wenn der Mieter nicht mehr den bisherigen Vermieter als Besitzer anerkennt, das Rechtsverhältnis auch in der That nicht mehr besteht, so bleibt dem Vermieter, Verpächter u. a. nichts Anderes übrig, als aus den obligatorischen oder dinglichen Vertrage auf Rückgabe der Sache zu klagen. Ein Anspruch auf Einräumung eines unmittelbaren Besitzes steht dem Oberbesitzer in keinem Falle zu. Er hat ihn ja bei Begründung des obligatorischen Verhältnisses auf den Unterbesitzer rite übertragen und damit aufgegeben, bei ihm ist daher, wie wir schon oben ausführten, nur noch der mittelbare Besitz zurückgeblieben. Und auch dieser ist bei Auflösung des Rechtsverhältnisses und zugleich insbes. infolge der Anmassung des Eigenbesitzes durch den Unterbesitzer erloschen. Es bleiben ihm daher zur Wiedererlangung des Besitzes nur die obligatorischen Klagen übrig [1]).

Ebenso verhält es sich mit dem Selbsthilferecht des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer. Man denke nur daran, dass auch der Unterbesitzer selbständiger Besitzer ist und damit rechtmässig sämtliche Besitzrechte gegen alle Nichtbesitzenden, also auch gegen den mittelbaren Besitzer ausüben darf. Im Verhältnis zu einander muss daher der mittelbare Besitzer zu Gunsten des unmittelbaren Besitzers auf sein Selbsthilferecht verzichten.

[1]) Strohal, a. a. O., S. 122.

Denn dieser ist der Besitzer zu „stärkerem", „vollerem" Recht.[1] Dem unmittelbaren Besitzer kann das Selbsthilferecht, auch gegen den mittelbaren Besitzer, unmöglich genommen werden, denn sonst wäre er eben nicht der verus possessor, als welchen das Gesetz ihn hinstellt; würde aber andererseits dem mittelbaren Besitzer ein rechtmässiges Selbsthilferecht zustehen, so wäre wirklich, was Wendt prophezeit, die occasio majoris tumultus gegeben. Damit wäre aber der ganze Zweck des Besitzschutzes illusorisch gemacht. Es gäbe gewissermassen einen Kampf der Nichtbesitzer gegen die Besitzer und nichts wäre gefährdeter als die Ordnung und Sicherheit des Staates, in deren Interesse doch vor Allem der Besitzschutz gelegen ist. Und wer sollte entscheiden, ob im concreten Falle der Oberbesitzer berechtigt ist, das Selbsthilferecht gegen den Unterbesitzer auszuüben, oder der Unterbesitzer gegen jenen? Denn nur dem stünde ein Recht auf Selbsthilfe, Selbstverteidigung oder Selbsthilfe i. e. S. zu, gegen den verbotene Eigenmacht begangen worden ist. Jedoch eine verbotene Eigenmacht, die im Sinne des Besitzrechts seitens des Unterbesitzers gegen den Oberbesitzer geübt werden könnte, giebt es in Wirklichkeit nicht, nimmt man nicht irrtümlich an, dass als solche auch eine andere Handlung erachtet werden könnte, als die, die nach der Bestimmung des § 856 als verbotene Eigenmacht definiert ist. Soweit aber seitens des Mieters, Pächters, Verwahrers, Niessbrauchers eine Handlung geschieht, die den Besitzstand des mittelbaren Besitzers gefährdet, erscheint sie immer nur als Verletzung des zwischen dem Ober- und Unterbesitzer bestehenden Rechtsverhältnisses. Sie gewährt keinen der Besitzansprüche, noch ein Selbsthilferecht, sondern verpflichtet den Unterbesitzer nur zu Schadenersatz, sei es aus dem Rechtsverhältnis selbst oder aus unerlaubten Handlungen. Es würde auch durchaus unseren heutigen Volksanschauungen widersprechen, würde der Mieter nicht mehr in seinen vier Wänden vor dem Hauswirt sicher sein, müsste er jeden Augenblick gewärtigen, dass dieser im rechtmässigen oder vermeintlich rechtmässigem Selbsthilferecht, wann es ihm beliebt, in die Wohnung des Mieters eindringen könne.[2] Denn hält man den Vermieter

[1] Bekker, a. a. O., S. 43, Anmerk. 10.

[2] Ueber das dingliche Recht der Mieter und Pacht, vgl. Fischer: Soll Kauf Pacht und Miete brechen? Berlin 1889.

für berechtigt, zur Vornahme einer Reparatur sich mit Gewalt der vermieteten Sache zu bemächtigen, so wird man ihm auch das Recht einräumen müssen, zum Zwecke der blossen Besichtigung und Untersuchung, ob und wo etwa ein reparaturbedürftiger Schaden entstanden ist, gewaltsam in die Wohnung des Mieters einzudringen. In den wenigsten Fällen könnte sich der Mieter auf sein Hausrecht berufen und die strafrechtliche Bestimmung über den Hausfriedensbruch würde schon darum, selbst bei unrechtmässiger Selbsthilfe, in praxi nicht Anwendung finden können, weil der Vermieter, Verpächter mit Erfolg den Mangel des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit vorschützen könnte.

Wenn aber Gierke endlich meint, das Volksbewusstsein würde dafür kein Verständnis haben, dass der Eigentümer eines Mietshauses nicht mehr der Hausbesitzer, der Eigentümer eines verpachteten Rittergutes nicht mehr Rittergutsbesitzer sei, [1]) so ist darauf zu erwidern, dass man in dem einen Falle den Hauseigentümer zwar stets als den Besitzer eines ganzen Hauses, niemals aber als den Inhaber der einzelnen Mietswohnungen betrachten wird, den Eigentümer des Rittergutes in landläufiger Mundart und immer nur in dem Sinne des Eigentums als Rittergutsbesitzer bezeichnen wird. Die Vorstellung des Laien beschränkt den Vermieter, Verpächter eines Grundstücks auch nur auf seinen mittelbaren Besitz. Auch unsere modernen socialen Anschauungen streben unzweifelhaft mehr und mehr dahin, den wirtschaftlich Schwächeren gegen den wirtschaftlich Stärkeren zu schützen, und nun sollte die moderne Gesetzgebung dem Mieter einer Wohnung nicht mehr seinen Hausfrieden garantieren?

Wie aber dem Oberbesitzer Schutz gegen angeblich verbotene Eigenmacht seines Unterbesitzers zustehen müsse, so soll ihm auch nicht das Selbsthilferecht und die Gerichtshilfe gegen den im Einverständnis mit dem Unterbesitzer handelnden Dritten versagt werden. [2]) Auch darin kann Gierke nicht beigepflichtet werden. Es ergiebt sich das schon aus dem Umstande, dass der Oberbesitzer auch schon gegen den Unterbesitzer keinen Besitzschutz findet. Es könnte darum für gleichgiltig gehalten werden,

[1]) Gierke, Gutachten S. 32.
[2]) Gierke, a. a. O., S. 39.

ob der Unterbesitzer selbst oder vielleicht in dessen Auftrage, jedenfalls aber mit dessen Einverständnis ein Dritter eine den mittelbaren Besitz des Oberbesitzers in Frage stellende Handlung vornimmt. Ist es aber richtig, dass verbotene Eigenmacht sich als eine den Besitz des Inhabers ohne dessen Willen störende oder entziehende Handlung darstellt, so kann eben dann von verbotener Eigenmacht des Dritten keine Rede sein, wenn er die Handlung im Einverständnis mit dem Inhaber, also mit dessen Willen vornimmt. Sind daher die gesetzlich normierten Voraussetzungen verbotener Eigenmacht nicht gegeben, so kann auch von einem Besitzschutz nicht die Rede sein, ausser man nehme wieder an, dass verbotene Eigenmacht, die gegen den mittelbaren Besitzer begangen wird, sich anders charakterisiere, als gegen den unmittelbaren Besitzer geübte Eigenmacht. Niemals aber lässt sich der Begriff der verbotenen Eigenmacht trennen von der Bestimmung, dass sie eine ohne den Willen des Besitzers vorgenommene Handlung ist. Darum ist es u. E. verfehlt, mit Buhl [1]) zu unterscheiden, ob ein als verbotene Eigenmacht erscheinender widerrechtlicher Eingriff eines Dritten in den Besitzstand einer Sache sich nur als verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren und mittelbaren Besitzer oder nur gegen einen von ihnen sich richtet. In Wirklichkeit giebt es keine widerrechtliche Einwirkung, die als verbotene Eigenmacht blos gegen einen der Besitzer erschiene, denn wenn der Mieter aus der Mietswohnung ausgeschlossen, der Pächter an der Zufahrt zum Gutshofe gehindert wird, dem Entleiher das entliehene Buch weggeschlossen wird, so ist durch diese Handlungen nicht blos in den ruhigen Besitzstand des Mieters, Pächters, Entleihers, sondern auch des Vermieters, Verpächters, Verleihers eingegriffen. Denn wie der Besitz selbst nicht eine bloss sinnlich wahrzunehmende Thatsache bildet, so braucht auch die Besitzstörung nicht immer thatsächlich in die Erscheinung zu treten. Ist der Mieter von der Mietswohnung ausgeschlossen, dem Pächter die Zufahrt zum Gutshofe verweigert worden, so sind nicht nur diese unmittelbar, sondern Vermieter und Verpächter mittelbar in ihrem Besitze gestört.

Wie aber einerseits, so fährt Buhl fort, verbotene Eigenmacht in gewissen Fällen nur gegen den unmittelbaren Unter-

[1]) Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen, S. 41.

besitzer vorliegen kann, so kann sie sich in anderen Fällen nur gegen den Oberbesitzer richten, wenn nämlich der Unterbesitzer zu der widerrechtlichen Einwirkung des Dritten seine Einwilligung erteilt hatte. Buhl meint, man könne dem Oberbesitzer doch nicht den Besitzschutz versagen, wenn nur in dessen Gewaltkreis eingegriffen sei blos deshalb, weil es an einer verbotenen Eigenmacht gegen den Unterbesitzer fehle. Gewiss; wenn man nicht die durch nichts begründete Behauptung aufstellen will, dass die widerrechtliche Einwirkung, die sich als verbotene Eigenmacht gegen den mittelbaren Besitzer darstellt, anderer Art sei, als die vom Gesetz im § 856 gekennzeichnete, so muss eben die Gewährung des Besitzschutzes für den mittelbaren Besitzer abhängig gemacht werden von Verübung verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer. Hat also z. B. ein Dritter mit Erlaubnis des Entleihers das für einen kurzen Spazierritt ausgeliehene Pferd beim Hindernisrennen geritten, so liegt keinesfalls verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 gegen den unmittelbaren Besitzer vor. Da aber das Vorhandensein verbotener Eigenmacht notwendige Voraussetzung für die Besitzansprüche ist, so kann sie auch der Oberbesitzer nicht geltend machen. Wenn man behaupten wollte, die Bestimmungen des § 858 über verbotene Eigenmacht seien nur für den unmittelbaren Besitzer zugeschnitten, die gegen den Oberbesitzer stelle sich ganz anders dar, so wird damit etwas Neues in das Gesetz hineingetragen, was weder der Entstehungsgeschichte des Gesetzes noch diesem selbst zu entnehmen ist.

In allen Fällen, in denen wirklich scheinbar verbotene Eigenmacht nur gegen den mittelbaren Besitzer verübt worden ist, d. h. eine widerrechtliche Einwirkung mit dem Willen und dem Einverständnis des mittelbaren Besitzers, handelt es sich in Wirklichkeit um Verletzungen obligatorischer Verpflichtungen, die dem Unterbesitzer zur Last fallen. Das Gesetz hat deswegen auch eine Reihe von Bestimmungen getroffen, die dem mittelbaren Besitzer Schutz gegen den Unterbesitzer und den mit dessen Einverständnis handelndem Dritten gewähren sollen, so die §§ 549, 550, 553, 556 Abs. 3, 557, 581 Abs. 2, 603, 604 Abs. 4, 605, 691, 695, 1051 ff, 1217 BGB, sowie in Verbindung damit die Vorschriften über Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen, § 823 BGB.

§ 5.

Der Besitzschutz des mittelbaren Besitzers.

In den vorangegangenen §§ 3 und 4 haben wir die sich einander extrem gegenüberstehenden Theorien der beiden bedeutendsten Vertreter von Wendt und Gierke wiedergegeben; wir haben hierbei nachzuweisen versucht, dass Wendt den Schutz des mittelbaren Besitzes in ganz ungerechtfertigter Weise auf ein sehr geringes Mass einzuschränken sucht, während Gierke dem Schutz des mittelbaren Besitzes wieder die weitesten Grenzen zieht. Aus der Gegenüberstellung dieser beiden Theorien ergab sich, dass der possessorische Schutz des Oberbesitzers sich billiger Weise nicht beschränken lässt auf ein subsidiäres Klagerecht gegen Dritte, welche gegen den Unterbesitzer verbotene Eigenmacht geübt haben, dass aber andererseits der Schutz des mittelbaren Besitzers keine derartige Ausdehnung erheischt, dass er sich auch gegen den unmittelbaren Besitzer und die mit dessen Einwilligung handelnde Dritte richten könnte.

Die richtige Mitte zwischen den Theorien Wendts und Gierkes hält im Allgemeinen die Lehre Strohals [1]) über den Schutz des mittelbaren Besitzes, die wir im Wesentlichen auch zur Grundlage unserer Lehre machen können. Nur in einem bedeutsamen Punkte weichen wir von seinen Ausführungen ab, soweit sie nämlich das Selbsthilferecht des Oberbesitzers betreffen. Auch Strohal verweist in Uebereinstimmung mit Wendt den Oberbesitzer auf die mit dem Besitzrecht nicht zusammenhängende Selbsthilferechte der §§ 227 ff »ein selbständiges Abwehrrecht, wie es dem unmittelbaren Besitzer in § 859 zugesprochen wird, hat dagegen der mittelbare Besitzer ebensowenig wie der unselbständige Inhaber«. [2])

Insoweit werden wir daher die Strohal'sche Theorie noch zu widerlegen haben.

Das Ergebnis unserer Betrachtungen ist bisher, dass dem mittelbaren Besitzer der possessorische Schutz zu versagen ist:

1) gegen den unmittelbaren Besitzer, weil dieser selbst ständiger Besitzer ist zu stärkerem Recht, und

[1]) Strohal, a. a. O., S. 50 ff, 121 ff.
[2]) Ders., a. a. O., S. 52.

2) gegen den mit Einwilligung des Unterbesitzer handelnden Dritten, weil alsdann der Thatbestand der verbotenen Eigenmacht nicht gegeben ist.

Es bleibt nun noch die Frage übrig: Steht dem mittelbaren Besitzer ein possessorischer Schutz gegen die ohne Einwilligung des Unterbesitzers handelnde Dritte zu, und in welchem Umfange kann der Oberbesitzer diesen Schutz geltend machen?

Wir kommen bei Erörterung unserer Frage zunächst wieder auf die Besitzklagen zurück. Bezüglich derselben stimmen wir mit Strohal überein, dass neben dem Unterbesitzer auch dem Oberbesitzer nach Massgabe des § 869:

1) das Recht auf Wiedereinräumung des Besitzes aus § 861 zusteht, gegen den:
   a) der dem Unterbesitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen hat oder
   b) den Erben des fehlerhaften Besitzers ohne Rücksicht auf seine Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Erblassers oder
   c) jeden andern Rechtsnachfolger des fehlerhaften Besitzers, wenn er bei dem Erwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Rechtsvorgängers gekannt hat.

Der Klageanspruch des Oberbesitzers kann zweifacher Art gestaltet sein:

   aa) entweder der Unterbesitzer will den Besitz wieder selbst übernehmen, dann kann der Oberbesitzer nur auf Einräumung des Besitzes an den Unterbesitzer klagen, oder aber
   bb) der Unterbesitzer will oder kann den Besitz nicht wieder selbst übernehmen, dann kann der Oberbesitzer die Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst verlangen. In diesem Falle liegt dem Oberbesitzer die Beweislast dafür ob, dass der Unterbesitzer den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann.

2) das Recht auf Beseitigung bezw. Unterlassung der Störung des Besitzes aus § 862 gegen den, der den Besitz des Unterbesitzers durch verbotene Eigenmacht gestört hat, oder dessen Beauftragte, § 77 C.-P.-O.

Zu seiner Activlegitimation hat der Kläger zu beweisen:

1) dass derjenige, gegen welchen verbotene Eigenmacht durch Entziehung oder Störung des Besitzes begangen worden ist, selbständiger Besitzer der Sache war, und
2) dass er selbst der Kläger zu dem Besitzer in einem den § 868 entsprechenden ähnlichen Verhältnisse gestanden, also den mittelbaren Besitz an der Sache besass.

Im Uebrigen gilt für die Entstehung der Ansprüche des Oberbesitzers und der gegen dieselben zulässigen Einreden dasselbe wie für den Unterbesitzer.

Beide Klagen setzen eine Schuld des Beklagten nicht voraus, sie schliessen aber beiderseits die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches aus. Denn der Anspruch auch des Oberbesitzers geht entweder auf Wiedereinräumung des Besitzers, d. h. des vor der Entziehung bestehenden Besitzstandes, oder auf Beseitigung der Störung, d. i. falls die Störung oder deren Wirkungen noch fortdauern auf Wiederherstellung des vor dem störenden Eingriff bestehenden Zustandes auf Kosten des Störers, und wenn weitere Störungen zu besorgen sind, auf Unterlassung.

Die Schadensersatzklage aus § 823 kann selbstverständlich auch der Oberbesitzer in Verbindung mit der Besitzklage erheben, wenn hierzu die Voraussetzungen der §§ 260 C.-P.-O. gegeben sind.

Eine Verurteilung des Oberbesitzers selbst kann aber mangels der Doppelseitigkeit unserer heutigen Besitzklagen auch nur durch Erhebung der Widerklage gemäss § 33 C.-P.-O. herbeigeführt werden.

Auch dem mittelbaren Besitzer steht es frei, eine vorläufige Regelung des Besitzstandes während des Processes durch einstweilige Verfügung gemäss §§ 935, 940 C.-P.-O. herbeizuführen, denn wenn man den unmittelbaren Besitz als ein Rechtsverhältnis betrachtet, so ist auch der mittelbare Besitz dafür zu halten.

Deshalb wird man auch dem Oberbesitzer einer Sache das Recht einräumen müssen, durch Feststellungsklage gemäss § 256 C.-P.-O. gegenüber wörtlicher Besitzanmassung sich die rechtliche Anerkennung seines Besitzes zu verschaffen. In diese Notwendigkeit kann der Oberbesitzer einer Sache weit eher versetzt werden als der Unterbesitzer, der die Sache in seinen Händen hat. Schon durch eine blosse Verwechselung kann es vorkommen,

dass jemand ein Buch, das ich meinem Freunde geliehen habe, ebendemselben geliehen zu haben glaubt und nun den mittelbaren Besitz desselben für sich in Anspruch nimmt. Gerade in einem solchen Falle erscheint die Gefahr der Einwirkung so nahe gerückt, dass Abwehrmassregeln geboten erscheinen.

Insofern wäre auch ev. eine processuale Verbindung der Besitzfeststellungs- mit der Besitzstörungs- oder Entziehungsklage nach § 260 C.-P.-O. statthaft.

Auch gegen die Ansprüche des mittelbaren Besitzers kann der Beklagte die exceptio vitiosa possessionis erheben; denn die Einrede des fehlerhaften Besitzes wirkt nicht blos gegen den unmittelbaren, sondern auch gegen den mittelbaren Besitzer, andernfalls brauchte nur der fehlerhafte Besitzer, um die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes zu beseitigen, den unmittelbaren Besitz der Sache durch Verwahrung auf einen Andern zu übertragen, nach Rückgabe der Sache wäre er dann fehlerfreier Besitzer, so könnte man durch Aufgabe seines Reisegepäcks auf der Eisenbahn, auch für die kürzeste Strecke, am ehesten aus einem fehlerhaften unmittelbaren, ein fehlerfreier mittelbarer Besitzer werden. [1])

Zur Geltendmachung der Einrede fehlerhaften Besitzes, die einer Ausschlussfrist von einem Jahre unterworfen ist, gehört demnach der vom Beklagten zu führende Nachweis:

1) dass der Besitz, auf dem der Kläger als mittelbarer Besitzer seinen Anspruch gründet, dem Beklagten oder seinem Rechtsvorgänger entzogen war,
2) ev. dass auf diesen Besitz die Voraussetzungen des § 852 zutreffen und
3) dass jene Entziehung, welche das vitium des Besitzes geschaffen, im letzten Jahre vor der Entziehung bezw. Störung erfolgt ist.

Gegenüber den Ansprüchen des Oberbesitzers aus § 861, 862 findet in gleicher Weise wie gegenüber denen des Unterbesitzers der § 863 BGB. seine Anwendung, indem auch in diesem Processe nur die Thatsache des Besitzes und die verbotene Eigenmacht zur processualen Erörterung gelangen darf. Nur zur Begründung der Behauptung, dass die Entziehung oder Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht gewesen, kann

[1]) Strohal, a. a. O., S. 127.

der Gegner sein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung geltend machen. Wenn wir also wieder an das (in der Einl. S. 16) gegebene Beispiel zurückdenken, so würde, wenn z. B. der Mieter in die gemietete Wohnung die ihm von einem Dritten geliehenen oder vermieteten Sachen eingebracht hätte, der Mieter auch auf die possessorische Klage des Dritten als mittelbarer Besitzer diesem gegenüber sein Recht zum Besitz aus § 561 geltend machen würden.

Auch die im § 864 normierte Ausschlussfrist von einem Jahre lässt die Ansprüche des mittelbaren Besitzers aus § 861, 862 untergehen, falls er nicht vorher Klage erhoben hat; das Gleiche gilt, wenn nach Verübung der verbotenen Eigenmacht bezw. Erhebung der Klage durch eine rechtskräftige Entscheidung ein petitorischer Anspruch des Eigenmächtigen an der Sache festgestellt wird. Denn auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber greift der Satz Platz: petitorium absorbet possessorium.

Was nun die bisher noch offene Frage anlangt, ob dem Oberbesitzer einer Sache auch das Recht der Selbsthilfe aus § 859 zuzusprechen ist, so könnte man mit Gierke und Fischer leicht geneigt sein, aus der Thatsache, dass der mittelbare Besitz nicht blos eine Fiktion, sondern wahrer Besitz ist, zu folgern, dass auf ihn auch alle Vorschriften zu beziehen sind, die den unmittelbaren Besitzer betreffen, soweit nicht das Gesetz für den mittelbaren Besitz wieder besondere Ausnahmebestimmungen gegeben hat; mithin könne der Oberbesitzer das Selbsthilferecht ausüben, da das Gesetz ihn nicht ausdrücklich hiervon ausgeschlossen habe.

Auf dieses argumentum e contrario dürfte allerdings ein ausschlaggebendes Gewicht nicht zu legen sein. Denn trotz der Besitznatur des mittelbaren Besitzes, ist doch stets im Einzelnen zu erweisen, ob auf ihn alle für den unmittelbaren Besitzer gegebenen Normen Anwendung finden können. Dasselbe gilt auch von dem Selbsthilferecht des Oberbesitzers. Die Bestimmungen des BGB. sprechen jedenfalls weder für noch gegen die Gewährung desselben. Nun ist freilich in Betracht zu ziehen, dass die Denkschrift die Selbsthilfebefugnisse des Oberbesitzers [1]) als »entbehrlich«, die Protokolle [2]) sogar als »überflüssig« be-

[1]) Denkschrift S. 114.

[2]) Prot. S. 3372 ff

zeichnet haben. Wir sind aber nicht wie Dernburg [1]) der Ansicht, dass diese Aeusserungen als massgebend anzusehen seien. Denn bei der Beratung selbst sind doch die verschiedensten Ansichten laut geworden und es hat nicht an denen gefehlt, die in Beziehung auf den Rechtsschutz den mittelbaren Besitzer dem unmittelbaren ausdrücklich gleichstellen wollten. Den Mitgliedern der Kommission blieb der mittelbare Besitz immerhin »ein Institut von zweifelhaftem juristischen Charakter«, und man kann nicht sagen, dass die durch die Mehrheit der Kommission ausgesprochene Ansicht im Gesetz selbst besonders zum Ausdruck gekommen ist. Sonach bleibt immer noch die Frage offen, ob § 869 den Besitzschutz des Oberbesitzers erschöpfend regeln will, oder ob nur damit die mit dem Unterbesitzer konkurrierenden Besitzansprüche geregelt werden sollten. U. E. ist das Letztere als zutreffend anzusehen, denn zunächst wollte das Gesetz die Besitzansprüche des Besitzers überhaupt regeln, also das Selbsthilferecht wie die Besitzklagen, und nachdem es den Begriff des mittelbaren Besitzes im § 868 definiert hatte, musste es auch notwendig den § 869 zur Regelung der doppelseitigen Klagerechte des Ober- und Unterbesitzers schaffen.

Um unsere Lehre auf ihre Richtigkeit zu prüfen, wird zunächst zu untersuchen sein, ob durch ein Selbsthilferecht des Oberbesitzers in die Rechtssphäre des Unterbesitzers eingegriffen würde. Denn der Rechtsschutz des Oberbesitzers lässt sich nicht weiter ausdehnen, als es die Rechte des Unterbesitzers gestatten. Eine ungerechtfertigte Einwirkung auf den Besitzstand des Unterbesitzers ist aber durch Ausübung des Selbsthilferechts seitens des Oberbesitzers nicht zu befürchten. Denn aus denselben Gründen, derentwegen man dem Oberbesitzer die Besitzklagen eingeräumt hat, wird man zu einem Selbsthilferecht des Oberbesitzers kommen müssen. Wenn z. B. [2]) ein Dritter den dem A. geliehenen Regenschirm fortnimmt, so kann es diesem doch nur Recht sein, wenn ich als mittelbarer Besitzer in Ausübung des Selbsthilferechts, wenn auch des eigenen, dem Dritten den Schirm sofort wieder entreisse. Denn entweder liegt A. daran, den Besitz des Schirmes sich erhalten zu sehen, dann werden seine

[1]) Dernburg, l. c., S. 74.
[2]) Enneccerus-Lehmann, a. a. O., S. 21 § 5.

Interessen durch den Oberbesitzer nur unterstützt, oder es war ihm gleichgiltig, ob der Dritte mit dem Schirm entkam, warum soll ich dann als Eigentümer oder blosser Verleiher gehindert sein, gegen den Dritten unmittelbar vorzugehen, um den Schirm wieder in meine Gewalt zurückzubringen? Wenn ein Dritter ohne Willen des Unterbesitzers dessen Besitzstand und damit auch den des Oberbesitzers verletzt und nur der Letztere alsdann den Dritten abzuwehren sucht, damit werden doch die Rechte des Unterbesitzers in keiner Weise verletzt, und die Ausübung des Selbsthilferechts durch den Oberbesitzer würde analog zu demselben Ergebnis führen wie die Besitzklagen: entweder A. will den Schirm zurückhaben, dann kann er ihn von dem Oberbesitzer fordern, oder aber der Oberbesitzer verzichtet fernerhin auf den unmittelbaren Besitz des Schirmes. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem Dritten die Abwehr der verbotenen Eigenmacht nicht erlaubt sein sollte, blos weil der Unterbesitzer seine Selbsthilfebefugnisse nicht ausüben will oder kann. Dies Letztere nämlich wird doch am häufigsten der Fall sein. Soll der Vermieter einer Wohnung gleichsam mit gebundenen Händen zusehen müssen, wie Strolche die unbewachte Wohnung des Mieters in schändlichster Weise verwüsten? Eine solche Auslegung des Gesetzes würde dem Rechtsgefühl und den Anschauungen des Volkes durchaus widersprechen und den Bedürfnissen des praktischen Lebens wenig Rechnung tragen.

Aber auch vom rechtlichen Standpunkte aus wird man dem Oberbesitzer die Selbsthilfebefugnisse aus § 859 nicht verweigern können; mit Unrecht wollen ihm Wendt u. a. in Uebereinstimmung mit der Denkschrift auf die Abwehrrechte aus §§ 227 ff beschränken. Wir haben aber schon oben (vgl. § 3) dargethan, dass die Rechte zum Notangriff aus § 229 auf viel weiteren Voraussetzungen beruhen, als die Selbsthilferechte aus § 859 Abs. 2 u. 3. Hier genügt Besitz und Begehung verbotener Eigenmacht, dort aber darf ein persönlicher Angriff gegen den Thäter nur dann erfolgen, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen des mittelbaren Besitzers die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung seines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Es liegt doch wahrlich kein Grund vor, nur dem Unterbesitzer zu gestatten, seinen Besitzstand zu wahren, den

Oberbesitzer aber durch die Beschränkung seiner Rechte auf § 229 fast schutzlos zu stellen. Denn um sich vor den strafrechtlichen Folgen seiner Handlungsweise zu sichern, würde der Oberbesitzer zu dem für ihn wohl oft sehr schwierigen Beweise gedrängt sein, dass obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen war. Einen derartigen Beweis erbringen zu wollen, ist aber bei unserer heutigen staatlichen Organisation fast ein Unding zu nennen.

Wir werden daher, um der Volksanschauung wie den praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, aber auch aus den angeführten theoretischen Gründen dem mittelbaren Besitzer einer Sache das Selbsthilferecht aus § 859 unzweifelhaft einräumen müssen.[1]) Es wäre nur zu wünschen, dass auch die Rechtsprechung, deren Entscheidung über diese Frage bisher noch aussteht, zu derselben Auslegung gelangen möchte, zumal ihr von Gesetzeswegen freie Hand gelassen ist, in diesem Sinne ihre Entscheidung zu treffen.

Die Voraussetzungen für die rechtmässige Anwendung der Selbsthilfe seitens des Oberbesitzers sind im Allgemeinen dieselben als wie wir sie für den Unterbesitzer festgestellt haben, nämlich:

1) Entziehung oder Störung des Besitzes des Unterbesitzers durch einen Nichtbesitzer,
2) Widerrechtlichkeit der Entziehung oder Störung,
3) Entziehung oder Störung ohne Willen des Unterbesitzers.

Wenn daher der Unterbesitzer die Entziehung oder Störung seines Besitzes ausdrücklich erlaubt oder stillschweigend duldet, so kann der Oberbesitzer ebensowenig wie jener von seinem Selbsthilferechte Gebrauch machen. Andererseits ist sie aber dem Oberbesitzer auch dann gestattet, wenn der Besitz des Unterbesitzers nicht ein ruhiger, unbestrittener ist, oder auch, falls den Eigenmächtigen keine Verschuldung für sein Verhalten trifft. Die Selbsthilfe ist jedoch dem Unter- wie dem Oberbesitzer entzogen, wenn die Eigenmacht des Thäters gesetzlich erlaubt ist, wie z. B. bei Notwehr, Notstand, erlaubten Privatpfändung oder Zwangsenteignung, §§ 227, 940, 962, 965, E. G. Art. 89, 109 BGB. Die Bethätigung des Selbsthilferechts

[1]) so auch Fischer, Gierke, Enneccerus-Lehmann, l. c.

darf selbstredend nicht weiter gehen als die Abwehr der verbotenen Eigenmacht zur Sicherung oder Erhaltung des ruhigen Besitzes erfordert. Auch gegen den gutgläubigen Putativbesitzer ist Selbsthilfe seitens des Oberbesitzers zulässig, ausserdem kann er noch an ihn weitere Schadensersatzansprüche stellen.

Ist dem Eigenmächtigen geglückt, sich einer beweglichen Sache zu bemächtigen, oder den Besitzer eines Grundstücks seines Besitzes zu entsetzen, so kann auch der Oberbesitzer nach Abs. 2 u. 3 des § 859 dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter die Sache wieder abnehmen, bezw. ihn gleich oder binnen kurzer Frist nach der Entsetzung des Besitzers aus dem Grundstücke gewaltsam verdrängen.

Diese Selbsthilfebefugnisse gewähren dem Oberbesitzer nicht blos ein Recht, gegen den Eigenmächtigen selbst, sondern auch nach § 868 Abs. 2 gegen den Erben desselben wie den bösgläubigen derivativen Erwerber des Besitzes vorzugehen; mala fides superveniens schadet dem Erwerber nicht, insofern ist zwar nicht der Hehler, aber derjenige, der von einem Diebe die Sache in gutem Glauben erworben, nachträglich aber von dem Diebstahl Kenntnis erlangt hat, possessorisch auch gegen den Oberbesitzer geschützt.

Endlich kann der Oberbesitzer sein Selbsthilferecht auch gegen den Besitzdiener des Unterbesitzers richten, wenn dieser sich verbotener Eigenmacht gegen den Besitz seines Herrn erlaubt, z. B. mit der dem Unterbesitzer A. von B. geliehenen Sache entlaufen will und von dem Oberbesitzer B. dabei ergriffen wird.

Dieselben Rechtsbehelfe, welche der mittelbare Besitzer ausüben darf, stehen auch dem mittelbaren Teilbesitzer gegen jeden Dritten, dagegen aber nicht gegen seinen vermittelnden Teilbesitzer zu.

Desgleichen darf auch der mittelbare Mitbesitzer von dem Selbsthilferecht wie den Besitzklagen jedem Dritten gegenüber Gebrauch machen. Den unmittelbaren Mitbesitzern aber gegenüber steht ihm nur der possessorische Schutz insoweit zu, als er nach Massgabe des § 866 seinem vermittelndem Besitzer eingeräumt ist, nämlich insoweit nicht, als es sich um die Grenzen

des den einzelnen Mitbesitzern zustehenden Gebrauchs handelt. [1]) In analoger Anwendung unserer Lehre geniesst er jedoch überhaupt keinen Besitzschutz gegenüber seinem Unterbesitzer.

§ 6.

Der Abholungsanspruch des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers.

Zum Teil in Uebereinstimmung mit dem ALR. I. 9 § 122 [2]) hat das BGB. folgende Bestimmung im § 867 aufgenommen, die für den unmittelbaren und mittelbaren Besitzer in gleicher Weise Geltung hat:

„Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstückes die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist."

Als die nächstliegende Voraussetzung, die den Abholungsanspruch sowohl des Unter- wie des Oberbesitzers rechtfertigt, erscheint daher zunächst der Umstand, dass an der auf das Grundstück eines Andern gelangten Sache noch niemand Besitz ergriffen hat; sofern dies geschehen ist, ist der Abholungsanspruch erloschen und beide Besitzer sind auf ihre possessorischen [3]) oder petitorischen Ansprüche aus § 861 bezw. 985, 1007 angewiesen. Dass dem Besitzer des Grundstücks auferlegt ist, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten, bedeutet nicht, wie Bekker [4]) irrtümlich meint, dass der Abholungsanspruch abhängig sei von

[1]) Wolff, Der Mitbesitz nach dem BGB. in Iherings Jahrb., Bd. 44 S. 168 ff, 176.

[2]) Dernburg, l. c. § 28 S. 85.

[3]) Fischer-Henle, Com. Anmerk. 4 zu § 867; a. M. Planck, l. c. zu § 867, Strohal, l. c. S. 53 ff.

[4]) Bekker, a. a. O., S. 19.

der ausdrücklich gewährten Erlaubnis des Grundstücksbesitzers, um die man nachzusuchen habe, sondern nach den Motiven [1]) ist dem Grundstücksbesitzer, sofern er überhaupt gegenwärtig ist, nur die Pflicht auferlegt, die Abholung der Sache zu gestatten. Hierfür ist er auch berechtigt, den durch die Aufsuchung und Wegschaffung erlittenen Schaden in vollem Umfange ersetzt zu verlangen und kann schon dann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung so lange verweigern, bis ihm hierfür Sicherheit geleistet wird. Aus Billigkeitsrücksichten hat aber das Gesetz dieses sein Recht der Verweigerung bis zur Sicherheitsleistung nur auf die Fälle beschränkt, in denen mit dem Aufschube der Abholung keine Gefahr vorhanden ist.

---

[1]) Motive Bd. 3 S. 298.

Lebenslauf.

Am 21. Dezember 1876 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Ernst Schwenk und seiner verstorbenen Ehefrau Pauline, geb. Glaser in Grottkau O./S. geboren. Nach 5jährigem Besuche der Volksschule genoss ich meine weitere Schulbildung auf den Gymnasien in Frankenstein, Breslau und Guben, woselbst ich Ostern 1898 das Zeugnis der Reife erlangte. Den Studien des Rechts und Rechtswissenschaften lag ich an den Universitäten in Berlin und Breslau ob. Am 3. Juni 1901 bestand ich in Breslau das Referendarexamen und wurde alsdann dem Kgl. Amtsgericht in Greiffenberg, hierauf dem Kgl. Landgericht in Brieg zur Ausbildung überwiesen.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Beling, Brie, Dahn, Eck †, Otto Fischer, Gretener, Heymann, Jastrow, Kohler, Leonhard, Mendel, Pernice †, Schott, Sombart.

Allen diesen Herren bin ich zu grossem Danke verpflichtet; besonders aber erlaube ich mir hiermit Herrn Professor Dr. Jörs meinen aufrichtigsten Dank auszusprechen, der mir die Anregung zu der vorliegenden Arbeit gab.

Thesen.

1. Die Zuerkennung einer Busse im Strafverfahren konsumiert alle civil-rechtlichen Ansprüche des Verletzten nicht blos gegen den Verurteilten, sondern auch gegen jeden Schadensersatzverpflichteten, gleichviel ob er strafrechtlich verfolgbar oder verfolgt worden ist.
2. Es ist Selbstkontrahieren, wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der zugleich Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft ist, mit dieser Namens der Aktiengesellschaft Geschäfte abschliesst.
3. Wer Trunkenheit als Strafausschliessungsgrund geltend macht, hat nicht die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens dieses Zustandes, sondern die Zurechnungsfähigkeit muss ihm bewiesen werden.
4. Der Irrende ist auch dann berechtigt, seine Erklärung wegen Irrtums anzufechten, wenn der Gegenkontrahent sich alsbald bereit erklärt, den Vertrag entsprechend dem wahren Willen des Irrenden zu erfüllen.
5. Ein Gläubiger oder Schuldner, die einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses gestellt haben, können denselben nur so lange zurücknehmen, als das Gericht noch nicht einen, dem Antrage Folge gebenden Beschluss erlassen hat.